٦ – سلسلة المطبوعات

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

للامام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى
المتوفى سنة ١٨٢ من الهجرة

عنى بتصحيحه والتعليق عليه

أبو الوفا الأفغاني
المدرس بالمدرسة النظامية بالهند

عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية
بحيدر آباد الدكن بالهند

الطبعة الأولى : حق النشر والنقل محفوظ

أشرف على طبعه
رضوان محمد رضوان
وكيل لجنة إحياء المعارف النعمانية بمصر

مطبعة الوفاء
١٣٥٧

فهرس مضامين: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

للإمام أبي يوسف قدس الله سره



الحمد لله الذى شرف العلماء بقوله : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون » وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون »

والصلاة والسلام على النبي الأمى الذى قال : « من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين » وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين

وبعد : فإن اختلاف الأئمة فى الفروع رحمة للأمة . وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم من الفقهاء فيها ، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج . وقد أخرج ابن عبد البر فى جامع بيان العلم ، والخطيب فى الفقيه والمتفقه كثيراً من الآثار الواردة فى ذلك ، حتى دون العلماء قديما وحديثاً ، اختلاف الأئمة فى كتبهم ، لئلا يقع الخواص فى خرق الإجماع والعوام فى الحرج . وإن أقدم من صنف فى الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة ، فانه ألف كتاب « اختلاف الصحابة » ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضى كتاب « اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى » ثم صنف أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجى « اختلاف يعقوب وزفر » ثم صنف الطحاوى « اختلاف الفقهاء » عامة ، وابن المنذر « الإشراف فى الخلاف » كذلك ، وابن جرير « اختلاف الفقهاء » أيضا إلا أنه جرده عن الدلائل . وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذاه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما ، كسفيان الثورى ، وحسن بن صالح ، وشريك بن عبد الله ، وابن

شبرمة وأمثالهم من مجتهدى الكوفة ، لأنه تفقه عليهما ، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه ، ليبين قوله معهما متفقا مع هذا ومختلفا مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى ، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده . وقد رواه عنه صاحبه الامام الربانى محمد بن الحسن الشيبانى ، ثم اختصره فى جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزى الشهيد وشرحه الإمام السرخسى فى مبسوطه مع باقى كتبه . قال فى المجلد ٣٠ من مبسوطه فى صفحة ١٢٨ : «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبى ليلى فى الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين ، ثم تحول إلى مجلس أبى [1] حنيفة . . . قيل : كان سبب تحول أبى يوسف إلى مجلس أبى حنيفة أنه كان تبع ابن أبى ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نثر السكر أخذ أبو يوسف رحمه الله بعضاً فكره له ذلك ابن أبى ليلى وأغلظ له القول وقال : أما علمت أن هذا لا يحل ؟! فجاء أبو يوسف إلى أبى حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال : لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مع أصحابه فى ملاك رجل من الأنصار فنثر التمر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع ذلك ويقول لأصحابه : «انتهبوا» . وبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال : « من شاء أن يقتطع فليقتطع » فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعا . فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبى حنيفة . وقيل : كان سبب ذلك أنه كان يناظر

---

(١) وهو كبير على الصحيح ، ولازمه ثمانى عشرة سنة ، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبى ليلى فى الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد

زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت مابين فقه أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبى حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التى كان فيها الاختلاف بين أستاذيه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ماكان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبى يوسف، والتأليف لمحمد رحمة الله عليهما، فعدذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله فى المختصر »

ويعلم من قول السرخسى هذا أن كتاب « اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى » من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم فى كتابه، وأيضا يدل عليه شرح السرخسى له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التى رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا فى جزء منه مما فى دار الكتب المصرية على ما كتب لى فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلى من القاهرة، فان فى كتاب الوديعة وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعة والعارية بعنوان باب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى فى الوديعة وفى العارية، وطلبت منه نسخ البابين فأرسلهما إلى فوجدتهما مثل مافى هذا الكتاب. فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقا فى كل الكتاب لامجتمعاً فى مقام واحد، وأظنه من صنيع بعض رواة « الأصل » والله أعلم بحقيقة الحال

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة فى الهند،

فارتأت اللجنة أن أسعى فى تصحيحه ، وشرح بعض غريب لغته ، وإيضاح بعض مسائله ، وتخريج أحاديثه ، وتراجم رجاله ، فقمت بهذه المهمة على قدر استطاعتى مع قصر باعى وقلة بضاعتى ، مستعينا بالله تعالى ، فصححته بقدر وسعى ، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجيها ماوجدت إلى ذلك سبيلا ، ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها ، وترجمت رجال أحاديثه ناقلا من الكتب المشهورة فى فن الرجال كتهذيب التهذيب ، والخلاصة ، وتعجيل المنفعة ، ولسان الميزان وغيرها ، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير ، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له فى ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم ، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة فى اللغة كالمغرب فى مصطلح الفقه ، ومجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرهما

أما ترجمة راوى الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيبانى فمن شاء أن يطلع عليها فعليه ببلوغ الأمانى لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثرى حفظه الله فانه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء

وأما ترجمة الإمام الأعظم ، وأبى يوسف القاضى مصنف الكتاب فمبسوطة فى كتب المناقب ، والطبقات ، والرجال ، والتاريخ ، تركناها هنا للاختصار

وأما ابن أبى ليلى فهو : محمد ، بن عبدالرحمن ، بن أبى ليلى ، الأنصارى ، الكوفى ، الفقيه ، قاضى الكوفة ، وأحد الأعلام . قال فى تهذيب التهذيب : روى عن أخيه عيسى ، وابن أخيه عبدالله بن عيسى ، ونافع مولى ابن عمر وأبى الزبير المكى ، وعطاء بن أبى رباح ، وعطية ، وعمرو بن مرة ، وسلمة

ابن كهيل ، والمنهال بن عمرو ، وداود بن على ، والأجلح بن عبد الله ، وإسماعيل بن أمية ، وحميضة بن الشمرذل . قلت : والشعبي ، والحكم وغيرهم كما فى تذكرة الحفاظ ، روى عنه ابنه عمران ، وقريبه عيسى بن المختار بن عبدالله بن عيسى ، وزائدة ، وابن جريج ، وقيس بن الربيع ، وشعبة ، والثورى ، وعيسى بن يونس ، ومحمد بن الربيع ، ووكيع ، وعلى بن هاشم ابن البريد ، وعبيدالله بن موسى ، وأبو نعيم . قلت : وأبو يوسف القاضى ، وعبدالله بن داود الخريبي ، وآخرون . قلت : روى له الأربعة فى سننهم ، وكان ثقة ، صدوقا . وتكلموا فى حفظه فقالوا : شغل بالقضاء فساء حفظه . قال فى تهذيب التهذيب : وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس : ذكره زائدة فقال : كان أفقه أهل الدنيا . وقال العجلى : كان فقيها ، صاحب سنة ، صدوقا جائز الحديث ، وكان عالما بالقرآن ، وكان من أحسب الناس ، وكان جميلا نبيلا . وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفى . وقال ابن أبى خيثمة عن يحي بن معين : ليس بذاك . وقال أبو زرعة : ليس بأقوى مايكون . وقال أبو حاتم : محله الصدق ، كان سيء الحفظ ، شغل بالقضاء فساء حفظه ، لايتهم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ ، يكتب حديثه ولا يحتج به الخ . قال الحافظ ابن حجر : قلت : له ذكر فى الأحكام من صحيح البخارى ، قال : أول من سأل على كتاب القاضى البينة ابن أبى ليلى وسوار . قال ابن حبان : كان فاحش الخطأ ؛ رديء الحفظ ، فكثرت المناكير فى روايته ، تركه أحمد ، ويحي «أى ابن معين» وقال الدارقطنى : كان رديء الحفظ ، كثير الوهم . وقال ابن جرير الطبرى : لايحتج به . وقال يعقوب بن سفيان : ثقة عدل ، فى حديثه بعض المقال ، لين الحديث عندهم .

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني : كان سيء الحفظ ، واهي الحديث . وقال أبو أحمد الحاكم : عامة أحاديثه مقلوبة . وقال الساجي : كان سيي الحفظ لا يتعمد الكذب فكان يمدح فى قضائه فأما فى الحديث فلم يكن حجة . قال : وكان الثوري يقول : فقهاؤنا ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة . وقال ابن خزيمة : ليس بالحافظ وإن كان فقيها عالما . قلت : وذكره فى تذكرة الحفاظ فقال ج ١ ص ١٦٢ « قال أحمد بن يونس : كان ابن أبي ليلى أفقه أهل الدنيا . وقال العجلي : كان فقيها صدوقا ، صاحب سنة ، جائز الحديث ، قارئا ، عالما بالقرآن ، قرأ عليه حمزة . وقال أبو زرعة : ليس هو بأقوى ما يكون . وقال أحمد : مضطرب الحديث . قلت : حديثه فى وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة . مات فى شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة . وقال أبو حفص الأبار عنه : قال : دخلت على عطاء فجعل يسألني وكان أصحابه أنكروا ذلك فقال : وما تنكرون ؟ هو أعلم مني »

وأبوه عبدالرحمن من كبار التابعين ، الثقات الأعلام ، ولد لست بقين من خلافة عمر رضى الله عنه . وجده أبو ليلى الأنصاري ، يقال اسمه يسار ، وقيل بلال ، وقيل بليل ، وقيل داود ، وقيل أوس ، وقيل لا يحفظ اسمه . له صحبة ، شهد أحدا وما بعدها . كان من أصحاب علي رضى الله عنه ، شهد معه مشاهده وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه ، رضى الله عنه

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧ — أبو الوفا الأفغاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية



قال (١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال : إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوبا فخاطه قباء فقال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتنى بقباء ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب . وبه نأخذ(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول :

---

(١) هذه مسائل الاجارة من باب ضمان الأجير المشترك . ولم يذكر فى الأصل لفظ الباب ، ولم يذكر الحاكم هذه المسائل فى مختصره فى هذا الكتاب وذكرها السرخسى فى مواضع من كتابه

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال الامام السرخسى ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه « ولو أسلم ثوبا إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه ، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لايجاوز به ما سمى له » لأنه فى أصل الخياطة موافق وفى الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلا عن المختصر « فان قال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتنى بقباء ، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا » . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله : القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان . والشافعى : يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فى المعقود عليه . ولو اختلفا فى البدل تحالفا إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك فى المعقود عليه . ولكن هذا لامعنى له هنا لأن رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الأجر دينا فى ذمة رب الثوب ، فلا يكون هذا فى معنى ماود الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ « وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط » لأنه هو المدعى الاذن فى خياطة القباء ، والوفاء بالمعقود عليه ، وتقرر

القول قول الخياط فى ذلك . ولوأن الثوب ضاع من عندالخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط فى عمله ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لاضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم [١] . وبلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : لاضمان عليهم [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : هم ضامنون لماهلك عندهم وإن لم تجن أيديهم فيه . قال أبو يوسف : هم ضامنون إلا أن يجىء شىء غالب

الأجر فى ذمة صاحب الثوب « وإن اختلفا فى الأجر فالقول قول رب الثوب » لأنه منكر للزيادة « والبينة بينة الخياط » لأنها تثبت الزيادة الخ

(١) قال السرخسى فى مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ فى باب متى يجب للعامل الأجر قال « وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة ، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هوضامن إلا إذا تلف بأمر لايمكن الاحترازعنه » كالحرق الغالب . وكذلك الخلاف فى كل أجير كالأجير المشترك فى حفظ الثياب وغيره . والمشترك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد ، ولهذا يسمى مشتركا ، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف فى يده من غير صنعه ، وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه الخ . ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل ، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه

(٢) قلت : أخرجه طلحة بن محمد فى مسنده من طريق أبى يوسف عن أبى حنيفة عن بشر الكوفى عن محمد بن على عن أبيه عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاضمان على قصار ولا صباغ ولاوشاء» وأخرجه محمد فى الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبى جعفر « أن على بن أبى طالب كان لايضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك » . وأخرجه الكلاعى من طريق محمد بن خالد الوهبى عن الامام عن يونس بن محمد عن أبى جعفر محمد بن على عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب

قال أبو يوسف : وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها وأعتقها المشترى فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع والعتق فيها باطل لايجوز، لأنه باع مالا يملك وأعتق مالا يملك . وبهذا نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشترى على عيب كان بها دلسه البائع له ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له أن يردها بعد الوطء . وكذلك بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه [٢]

---

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً كما هو مصرح فى المبسوط ، وبدأ الحاكم هذا الكتاب فى مختصره بهذه المسألة

(٢) أخرجه الامام محمد فى الآثار والحسن بن زياد فى مسنده عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن على بن أبى طالب رضى الله عنه فى الرجل يشترى الجارية فيطؤها ثم يجد بها عيبا قال « لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب » قال محمد : وبه نأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيبا دلسه البائع فانه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذى حدث عند المشترى . ولا يأخذ للعيب أرشا ولا للوطء عقرا ، فان شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله . وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه . وأخرجه ابن خسرو البلخى من طريق بن المظفر ، والحسن بن زياد عن الامام عن الهيثم عن الشعبى عن على رضى الله عنه . وأخرجه البيهقى عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد « أى الصادق» عن أبيه عن على بن حسين عن على رضى الله عنه ولفظه فى رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبا قال : لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء ، وإن لم يكن وطئها ردها . قال : وكذلك رواه سفيان الثورى وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد ، وهو مرسل . على بن حسين لم يدرك

قال أبو يوسف : ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة والعيب من الثمن (١) . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يردها ويرد معها مهر مثلها (٣) : والمهر فى قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك . ولو أن المشترى لم يطأ الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها فى قول أبي حنيفة ، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة .

جده عليا . وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين ابن على عن على رضى الله عنهم ، وليس بمحفوظ . قلت : لا بأس به بعد أن رواه الامام بسند متصل كما ذكرته ، والمرسل أيضا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصا مراسيل مثل الامام زين العابدين رضى الله عنه وكفاك به حجة ! ومسلم بن خالد الزنجى من رجال أبي داود وابن ماجه ، ذكره ابن حبان فى الثقات ، ووثقه ابن معين وقال الساجى : صدوق ، وهو من الفقهاء الأعلام

(١) قال فى المبسوط ج ١٣ ص ٩٧ : قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن ، لأن الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشترى وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن ، لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن ، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها ، فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن ، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع : ردها على فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها ، لأن المانع من الرد حقه ، وقد زال حين رضى به

(٢) وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسى فى ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفى المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ فى باب العيوب فى البيوع وقال ابن أبى ليلى : يردها بكراً كانت أو ثيبا ، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكراً أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا . قلت : وروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أفاده السرخسى بعد ذلك

وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يردها ويرد مانقصها العيب الذى حدث عنده

قال : وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقضى له بها القاضى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : على الواطىء مهر مثلها على مثل مايتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذى باعه ولا يرجع بالمهر . وبه نأخذ (١) . وكان أبي ليلى يقول : على الواطىء المهر ، على ماذكرت لك من قوله ، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها . قال محمد : وكيف يرجع عليه فى قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذى وطىء ؟ أرأيت لو باعه ثوبا فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه ؟

قال : وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر ، فان أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : ليس لواحد منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعا . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لأحدهما أن يرد حصته وإن رضى الآخر بالعيب . وبه نأخذ (٢)

قال : وإذا اشترى الرجل أرضا فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول (٣) : الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشترى . وكذلك بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول :

---

(١) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضا كما أفاده السرخسى فى باب خيار العيب ص٥٠ ج ١٣

(٣) زاد السرخسى النخل للمشترى والثمرة للبائع الخ

«من اشترى نخلا له ثمر مؤبرة فثمرة للبائع إلا أن يشترط ذلك المشترى ، ومن اشترى عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشترى[1] » : وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثمرة للمشترى وإن لم يشترط ، لأن ثمرة النخل من النخل

---

(١) أخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار عن الامام عن أبي الزبير عن جابر رفعه : « من باع نخلا مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشترى » . وأخرجه الحارثى وابن خسرو وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشنانى والكلاعى أيضاً . وأخرجه الحسن بن زياد أيضا فى مسنده عنه . وأخرجه الحارثى والأشنانى والقاضى أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ : « من باع عبداً وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا موبرا فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع » . وأخرجه أبو يوسف فى آثاره بلفظ : « من باع نخلا موبرا أو عبدا فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط المبتاع » . وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ « من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع »

(٢) قال السرخسى : وبه أخذ محمد رحمه‌الله ، ثم قال : وقال أبو يوسف : إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار فى العقد وإلا لم تدخل . فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة ، لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها ، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر ، بمنزلة المتاع فى الأرض . وحكى أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضرا فى المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله فى نفسه : ليس الأمر كما يقول ، فبادأه المستملى هنا من يخالفك رحمك الله ! فقال : من هو ؟ فقال : محمد بن الحسن ؛ فقال أبو يوسف : ما نصنع بقول رجل قعد عن العلم ! أى ترك الاختلاف إلينا ، فسكت محمد ولم يجبه احتراما له . قلت : ولم يذكر هذا التفصيل هنا فى المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب ، والله أعلم

باب الاختلاف فى العيب

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشترى به عيبا وقال : بعتنى وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع ، فعلى المشترى البينة ، فان لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به ، فان قال البائع : أنا أرد اليمين عليه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أرد اليمين عليه ولا يحولها [1] عن الموضع الذى وضعها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، إلا أنه إذا اتهم المدعى رد اليمين عليه فيقال : احلف وردها ، فان أبى أن يحلف لم يقبل منه وقضى عليه

قال : وإذا باع الرجل بيعاً فبرىء من كل عيب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشترى أن يرده بعيب كائنا ما كان . ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برىء من كل شجة ، ولو أبرأه من القروح برىء من كل قرحة ؟ وبهذا نأخذ [3] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لا يبرأ من ذلك حتى يسمى العيوب كلها بأسمائها ، ولم يذكر أن يضع يده عليها [4]

---

(١) قوله « ولا يحولها » الخ أى لا يغير تقسيم النبى صلى الله عليه وسلم حيث جعل البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضا

(٣) وهو قول أبى حنيفة . والمسألة فى ص ٩٥ ج ١٣ من مبسوط السرخسى

(٤) وروى أصحاب المناقب فى مناظرة جرت بينه وبين الامام بين يدى

قال : وإذا اشترى الرجل دابة أو خادما أو دارا أو ثوبا أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى ، ولم يكن للمدعى على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشترى الذى فى يديه ذلك المتاع على دعواه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين عليه ألبتة بالله ما لهذا فيه حق . وبهذا نأخذ (١) وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقا

قال وإذا اشترى المشترى بيعاً (٢) على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشترى بالخيار شهرا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير (٣) » فجعل الخيار كله

منصور الخليفة أنه كان مذهبه أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الامام أبو يوسف بقوله : ولم يذكر الخ

(١) وهو قول محمد أيضا كما فى المبسوط

(٢) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئا

(٣) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن زفر عن الامام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة رضى الله عنه ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها صاعا من تمر لا سمراء » وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال : « من ابتاع » وأخرجه الطحاوى من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين . وأخرجه من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة مثله بلفظ « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فان شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » وروى هذا الحديث من طرق أخر ولم يذكر فيها لخيار المشترى وقت . أخرجه مسلم والبخارى والطحاوى وغيرهم

على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم [١] . وكان ابن أبي ليلى يقول : الخيار جائز شهراً كان أو سنة . وبه نأخذ [٢]

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً [٣] على أن البائع بالخيار يوماً وقبضه المشترى فهلك عنده ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المشترى ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع . وبه نأخذ[٤] . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو أمين في ذلك لاشيء عليه فيه . ولو أن الخيار كان للمشترى فهلك عنده فهو عليه بثمن الذى اشتراه به فى قولهما

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وجد بها عيباً قدكان البائع دلسه له ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لايستطيع أن يرد مابقى منها ولا يرجع بمانقصها العيب ، ويقول[٥] : رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك . وبه نأخذ [٦] . وكان ابن

---

(١) قال السرخسى فى المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدماذكر الحديث : ففيه دليل جواز اشتراط الخيار فى البيع . والمراد خيار الشرط ، ولهذا قدره بثلاثة أيام . وذكر التحفيل لبيان السبب الداعى إلى شرط الخيار . والمحفلة : التى اجتمع اللبن فى ضرعها . والتحفيل : هو التجمع اه أى قال بالخيار حسب ماقدره صلى الله عليه وسلم بقوله « ثلاثة أيام »

(٢) وهو قول محمد أيضاً كما فى المبسوط ص ٤١ ج ١٣

(٣) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئا

(٤) وهو قول محمد أيضاً . أفاده السرخسى فى مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣

(٥) كذا فى الأصل يعنى يقول له

(٦) وبه أخذ محمد أيضاً

أبي ليلى رحمه الله يقول : يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها [١] . وكذلك قولهما [٢] في الثياب وفي كل بيع [٣]

قال : وإذا اشترى الرجل عبداً واشترط فيه شرطا أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : البيع في هذا فاسد . وبه نأخذ [٤] . وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نحو من ذلك [٥] وكان ابن أبي ليلى يقول : البيع جائز والشرط باطل .

---

(١) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى : له ذلك « أي رد ما بقي منها » إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب الخ

(٢) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى

(٣) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي ، لأنه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعض بالكل ، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة . وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل ، لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب . وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى ، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكله — من المبسوط ص ١٠٢ ج ١٣

(٤) وبه أخذ الامام محمد بن الحسن أيضاً — أفاده السرخسي في مبسوطه ج ١٣ ص ١٣

(٥) أخرج الامام محمد في الآثار عن الامام عن أبي العطوف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحق بها بثمنها ، فلقي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له فقال : ما يعجبني أن تقربها ولأحد فيها شرط ، فرجع عبد الله

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال من[ثمن] [١] بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تأخيره جائز وهو إلى الأجل الآخر الذى أخره عنه [٢] وبه نأخذ [٣] . وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فى ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما

قال : ولو أن رجلا كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط [٤] عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه[٥] وبه نأخذ[٦] . ولو أن الطالب قال : إن ظهر لى فله مما عليه كذا وكذا ، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئا فى قولهم جميعاً

فردها . قال محمد : وبه نأخذ . كل شرط كان فى بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشترى أو للجارية فهو فاسد . وأخرجه الحسن بن زياد أيضا فى مسنده وابن خسرو من طريقه . وأخرجه البيهقى فى سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهرى) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبدالله — الحديث

(١) زيادة من مبسوط الامام السرخسى

(٢) زاد فى المبسوط : وليس له أن يرجع عنه

(٣) وهو قول محمد رضى الله عنه ـ أفاده السرخسى

(٤) وفى المبسوط : حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه

(٥) ونسخة المبسوط : لأنه كان مضطرا فى هذا الحط

(٦) لم يذكر السرخسى خلافا فى هذه المسألة

قال : وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء [١] ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : البيع فاسد . وكان ابن أبى ليلى يقول : البيع جائز والمال حال . وكذلك قولهما فى كل مبيع إلى أجل لا يعرف ، فان استهلكه المشترى فعليه القيمة فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب ، وإن كان قائما بعينه فقال المشترى : لا أريد الأجل وأنا أنقد لك المال ، جاز ذلك له فى هذا كله فى قول أبى حنيفة . وبه نأخذ [٢]

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل ثمراً قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها [٣] ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فان البيع جائز ، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلا [٤] يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً ؟

قال : ولو اشترى شيئا من الطلع [٥] حين يخرج فقطعه كان جائزاً .

---

(١) وفى المبسوط ص ٢٧ ج ١٣ : وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج ، فهذا كله باطل . بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما

(٢) وهو قول محمد رضى الله عنه

(٣) وفى المبسوط من أصناف الثمار كلها

(٤) قال فى المغرب : القصل : قطع الشىء ، ومنه : القصيل وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب . والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا وهو مجاز

(٥) الطلع : ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق . وأطلع النخل : خرج طلعه . والكم بالكسر والضم : غلاف الثمرة — مغرب

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه ، فاذا استأذن صاحبه فى تركه فأذن له فى ذلك فلا بأس بذلك . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لاخير فى بيع شىء من ذلك حتى يبلغ . ولا بأس[٢] إذا اشترى شيئا من ذلك قد بلغ أن يشترط على البائع تركه إلى أجل . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : لاخير فى هذا الشرط

قال : وإذا اشترى الرجل أرضا فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النخل للمشترى تبعاً للأرض والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشترى . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من اشترى نخلا مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشترى[٣] » . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : الثمرة للمشترى [٤]

قال : وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة[٥] من دار غير مقسومة أو عشرة أجربة[٦] من أرض غير مقسومة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان

---

(١) وبه أخذ محمد بن الحسن — أفاده السرخسى

(٢) وعبر فى المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتى : فان كانت الثمار قد بلغت يعنى انتهى عظمها فاشتراها بشرط الترك إلى أجل معلوم ، فالعقد فاسد عندنا . وقال ابن أبى ليلى : العقد صحيح

(٣) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه

(٤) هذه المسألة مكررة ، وقد مرت فى أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا فى بعض الألفاظ

(٥) قال الامام السرخسى : المكسرة : المعروفة من الذراع بين الناس ، سميت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة

(٦) الأجربة جمع الجريب وهو ستون ذراعا فى ستين . قال قدامة فى كتاب

يقول فى ذلك كله : البيع باطل ، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار ، وكم هو من الأرض ، وأين موضعه من الدار والأرض ؟ . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هو جائز فى البيع . وبه نأخذ(١) . وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع ، فالمشترى بالخيار إن شاء ردها ، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع (٢) فى قول ابن أبى ليلى

قال : وإن كانت الآجام(٣) محظورة وقد حظر(٤) فيها سمك فاشتراه رجل

الخراج الأشد إذا ضرب فى مثله فهو الجريب . والأشد طول ستين ذراعا والذراع ست قبضات ، والقبضة أربع أصابع ، قال : وعشر هـذا الجريب يسمى قفيزاً ، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشراء ، وهى خمسة وعشرون رطلا ـ مغرب

(١) وبه أخذ الامام الربانى محمد بن الحسن الشيبانى . أفاده فى المبسوط

(٢) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٣٠ ص ١٣٦ ثم إذا جاز العقد عندهم فان كانت مائة ذراع فهى للمشترى ، وإن كانت مائتى ذراع فالمشترى يكون شريكا بقدر مائة ذراع ، وإن كانت دون مائة ذراع فللمشترى أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمى جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع ، فاذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعا لم يكن عليه إلا نصف الثمن . وهذا بخلاف مالو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعا واختار أخذها لزمه جميع الثمن ، لأن هناك الثمن بمقابلة العين ، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة ، وهنا الثمن بمقابلة ماسمى من الذراع هنا لبيان مقدار المعقود عليه ، فاذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن ، كما لو اشترى عشرة أقفزة حنطة فوجدها خمسة أقفزة

(٣) الأجمة : الشجر الملتف ، والجمع أجم وآجام . وقولهم : بيع السمك فى الأجمة يريدون البطيحة التى هى منبت القصب أو اليراع ـ مغرب . والبطيحة : مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى ، واليراع : واحده يراعة القصب ، والقصبة التى ينفخ فيها الراعى

(٤) الحظر : المنع ، ومنه حظيرة الابل ـ مغرب

فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك . بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : لا تشتروا السمك فى الماء فانه غرر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وإبراهيم النخعى [1] . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول فى هذا : شراؤه جائز لا بأس به . وكذلك بلغنا عن عمر ابن عبد العزيز [2]

قال : وإذا حبس الرجل فى الدين وفلسه القاضى فباع فى السجن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله جائز ، ولا يباع شىء من ماله فى الدين ، وليس بعد

---

(١) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقى من طريق أحمد بن حنبل عن محمد بن سماك عن يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعا : « لا تشتروا السمك فى الماء فانه غرر» قال : فيه إرسال ، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفا على عبد الله . ورواه أيضاً سفيان الثورى عن يزيد موقوفاً على عبد الله : أنه كره بيع السمك فى الماء . وأخرجه أبو يوسف فى الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفا : «لا تبيعوا السمك فى الماء فانه غرر » .
وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه هو أيضاً فى خراجه عن العلاء بن المسيب ابن رافع عن الحارث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : «لا تبيعوا السمك فى الماء فانه غرر » . وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد فى آثاره عن الامام عن حماد عنه أنه كان يكره بيع صيد الآجام وقصبها

(٢) أخرجه أبو يوسف فى خراجه ومحمد فى آثاره عن الامام عن حماد قال : طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام ، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضا بطريق آخر ، وأخرج جوازه عن على رضى الله عنه أيضاً

التفليس شيء ، ألا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غداً مالا ؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقته بعد التفليس ، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ماخلا العتاقة فى الحجر ، وليس من قبيل التفليس ولا نجيز شيئا سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضى دينه [1]

قال : وإذا أعطى الرجل الرجل متاعا يبيعه ولم يسم بالنقد ولا بالنسيئة فباعه بالنسيئة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز [2] . وبه نأخذ [3] . وكان ابن أبي ليلى يقول : البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع ، فاذا خرج الثمن من عند المشترى وفيه فضل عن القيمة ، فانه يرد ذلك الفضل على رب المتاع ، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية ، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء ، والله تعالى أعلم

قال : وإذا اختلف البيعان فقال البائع : بعتك وأنا بالخيار ، وقال المشترى : بعتنى ولم يكن لك خيار ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول البائع مع يمينه [4] . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : القول قول المشترى . وبه نأخذ

---

(١) قلت : وبه قال محمد أيضا كما ذكره السرخسى فى مبسوطه ج ٣٠ ص ١٣٧ قال : إلا أن عند أبي حنيفة لاسعاية على العبد ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية فى قيمته للغرماء . وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين ، وقد بينا ذلك فى كتاب الحجر

(٢) زاد فى المبسوط : ولا ضمان على البائع

(٣) وهو قول الامام محمد أيضاً — أفاده فى المبسوط

(٤) كذا هنا وفى باب الخيار فى البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال :

قال : وإذا باع الرجل جارية بجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التى قبض عيبا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : يردها ويأخذ قيمتها صحيحة ، وكذلك قولها فى جميع الرقيق والحيوان والعروض

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً (٢) لغيره بأمره فوجد به عيبا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يخاصم المشترى ولا نبالى أحضر الآمر أم لا ، ولا نكلف المشترى أن يحضر الآمر ، ولا نرى على المشترى يميناً إن قال البائع [إن] (٣) الآمر قد رضى بالعيب . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لايستطيع المشترى أن يرد السلعة التى بها العيب حتى يحضر الآمر فيحلف مارضى بالعيب ، ولو كان غائبا بغير ذلك البلد . وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلاداً يتجر فيها بذلك المال ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : مااشترى من ذلك فوجد به عيبا فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الآمر بالعيب . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لا يستطيع المشترى المضارب أن يرد شيئا من ذلك حتى يحضر رب المال

« وإذا اختلف البائع والمشترى فى اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما » فالنافى هنا هو المشترى دون البائع ؛ ولم تذكر هذه المسألة فى كتاب الاختلاف من المبسوط ، والله أعلم

(١) وهو قول محمد أيضا كما فى المبسوط

(٢) وفى المبسوط ذكرت هذه المسألة فى ص ١٢٠ ج ١٣ وفرض المسألة فى جارية

(٣) زيادة من المبسوط

(٤) وبه أخذ صاحبه أيضاً

فيحلف بالله مارضى بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان غائباً ، أرأيت [1] رجلا أمر رجلا فباع له متاعا أو سلعة فوجد المشترى به عيبا أيخاصم البائع فى ذلك أو نكلفه أن يحضر الآمر رب المتاع ؟ ألا ترى أن خصمه فى هذا البائع ولا نكلفه أن يحضر الآمر ولاخصومة بينه وبينه ، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع ، أرأيت لو اشترى متاعا ولم يره أكان للمشترى الخيار إذا رآه أم لايكون له خيار حتى يحضر الآمر ؟ أرأيت لو اشترى عبداً فوجده أعمى قبل أن يقبضه فقال : لا حاجة لى فيه ، أما كان له أن يرده بهذا حتى يحضر الآمر ؟ بلى له أن يرده ولا يحضر الآمر

قال : وإذا باع الرجل ثوبا مرابحة على شيء مسمى فباع المشترى الثوب ثم وجد البائع قد خانه فى المرابحة وزاد عليه فى المرابحة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع جائز لأنه قد باع الثوب ، ولو كان عنده الثوب كان له أن يرده ويأخذ مانقد إن شاء ولا يحطه شيئا . وكان ابن أبى ليلى يقول : تحط عنه تلك الخيانة وحصتها من الربح . وبه نأخذ

قال : وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب[2] قبل أن ينقد الثمن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : له أن يردها إن أقام البينة

---

(١) هذه الحجج حجج للامام أبى حنيفة أوردها على ابن أبى ليلى إما أبو يوسف أو محمد ، فسقط ، والله أعلم ، عن الكتاب قبل قوله « أرأيت » شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبى ليلى : لا يستطيع المشترى أن يرد السلعة أرأيت الخ فاذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة . بل ربما يكون سرد تلك الحجج من الامام أبى حنيفة نفسه ، كما سيأتى نظير لذلك . والله أعلم

(٢) وفى نسخة المبسوط فطعن فيها بعيب

على العيب . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا أقبل شهوداً [٢] على العيب حتى ينقد الثمن

قال : وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعا من غير حاجة ولا عذر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك على ابنه . وبه نأخذ [٣] . وكان ابن أبي ليلى يقول : بيعه عليه جائز

قال : وإذا باع الرجل متاعا لرجل والرجل حاضر ساكت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك عليه ، وليس سكوته إقراراً بالبيع . وبه نأخذ [٤] . وكان ابن أبي ليلى يقول : سكوته إقرار بالبيع

قال : وإذا باع الرجل نصيبا من داره ولم يسم ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهما ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز البيع على هذا الوجه . وقال أبو يوسف رحمه الله : له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك [٥] . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: إذا كانت الدار

---

(١) وهو قول محمد — أفاده السرخسى

(٢) وفى نسخة المبسوط : لا تقبل شهادة شهود

(٣) وبه أخذ محمد أيضا

(٤) وبه قال محمد

(٥) قال الامام السرخسى : قد بينا هذه المسألة بوجوهها فى آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبي يوسف وحده ، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشترى بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به ، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف ، فعن محمد فيه روايتان . قلت : ومسألة الشفعة فى ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك : قول محمد مضطرب فيه ، ذكره فى بعض النسخ مع أبي يوسف وفى البعض مع أبي حنيفة

بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم ، وإن كانت أسهما كثيرة[١] لم يجز حتى يسمى

قال : وإذا ختم الرجل على شراء ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول : سلمت . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : ذلك تسليم للبيع

قال : وإذا بيع الرقيق والمتاع فى عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم [٢] قد غلبوهم عليه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لايجوز [٣] ويرد على أهله وبه نأخذ [٤] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هوجائز . وإن كان المتاع قائما بعينه والرقيق قائما بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله فى قولهم جميعاً

قال : وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصرانى فادعاها نصرانى آخر [٥] وأقام عليها بينة من النصارى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز شهادتهم ، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم [٦] وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : شهادتهم جائزة على النصرانى ولا يرجع على المسلم بشىء . وبه نأخذ [٧]

---

(١) وفى المبسوط : سهاما كثيرة

(٢) وفى المبسوط وذلك من مال أهل العدل

(٣) وفى المبسوط لم يجز البيع

(٤) أى وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضا

(٥) وفى نسخة المبسوط : فاستحقها نصرانى من يد المشترى ببينة من النصارى

(٦) وهو قول محمد أيضا

(٧) قال الامام السرخسى : وقد بينا خلاف أبى يوسف فى هذه المسألة فى كتاب الشهادات ، وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف

قال : وإذا باع الرجل بيعاً من بعض ورثته وهو مريض ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لايجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه . وكان ابن أبي ليلى يقول : بيعه جائز بالقيمة . وبه نأخذ

قال : وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل غنى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو دين على الأب . وبه نأخذ[١] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يكون له دين على أبيه ، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه

قال : وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عيباً وقد ماتت الجارية عند المشترى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة ، فان كانت الجارية هى التى وجد بها العيب وقد مات العبد ، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم وعلى قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ماأصاب قيمة الجارية من قيمة العبد . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول فى هذا : إن وجد بالعبد عيبا رده وأخذ قيمته صحيحاً . وكذلك الدراهم التى هى فى يديه[٢]

قال : وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عيباً فأراد رده فاختلفا فى قيمة الهالك ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول البائع مع يمينه . وبه نأخذ[٣] وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المشترى

---

(١) وبه قال محمد أيضا
(٢) وفى المبسوط : وكانت الدراهم للذى فى يديه
(٣) وبه يأخذ الامام محمد أيضاً

باب المضاربة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أعطى الرجل الرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فبينهما نصفان ، أو أعطاه داراً يبنيها ويؤاجرها على أن أجرتها بينهما نصفان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك كله : فاسد ، وللذى باع أجر مثله على رب الثوب ولبانى الدار أجر مثله على رب الدار . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان . وكان ابن أبى ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والنخل للمعاملة

قال : وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فادانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينهه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان على المضارب ، وما ادان من ذلك فهو جائز . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : المضارب ضامن إلا أن يأتى بالبينة أن رب المال أذن له فى النسيئة . ولو أقرضه قرضاً ضمن فى قولهما جميعاً ، لأن القرض ليس من المضاربة . حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبدالله بن عبيد الأنصارى [٣] . عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه

---

(١) وهو قول محمد أيضاً . وهى مسألة باب المضاربة بالعروض ، نظيرها فى ص ٣٥ ج ٢٢ من المبسوط

(٢) وبه قال الامام محمد أيضا ، وهى مسألة باب ما يجوز للمضارب فى المضاربة من المبسوط ج ٢٢ ص ٣١ - ٣٩

(٣) كذا فى الأصل . وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الامام أبى يوسف عن الامام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصارى عن أبيه عن جده أن عمر

أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به فى العراق ولا يدرى كيف قاطعه على الربح (١) . حدثنا أبو حنيفة عن عبدالله بن على (٢) عن العلاء بن عبدالرحمن

أعطاه مالا مضاربة ليتيم . وكذا أخرجه ابن خسرو من طريق أبى عمرو بن حيبب عن الامام . وأخرجه أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن حميد بن عبدالله عن أبيه أن عمر — الحديث ، فسقط «ابن عبيد» . وكذا «عن جده» من أصل الآثار ، والله أعلم . قال فى تعجيل المنفعة : حميد بن عبيد الأنصارى الكوفى عن أبيه أن عمر دفع إليه مالا مضاربة ، وعنه ابنه عبدالله ، وليث بن أبى سليم وثقه ابن حبان قلت : سمى ابن حبان ابنه عبدالله بن عبدالرحمن . وذكر فى ترجمة عبدالله بن حميد . ذكره ابن حبان فى الثقات . وذكره فى ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد . قلت : ذكره ابن حبان فى الثقات . قلت : وفى تهذيب التهذيب : عبدالله بن عبيد الأنصارى روى عن سعيد بن جبير ، وعنه داود بن أبى هند . وقال أبو حاتم : عبدالله بن عبيد الأنصارى قال : كتب إلى رجل من بنى زريق فى المتلاعنين . قلت : وكذا قال البخارى . وذكر الخطيب أنه وهم قال : وإنما هو عبدالله بن عبيد بن عمير . بين ذلك سفيان الثورى فى روايته عن داود بن أبى هند هذا الحديث . قلت ففى الاسناد قلب : إما عند طلحة وابن خسرو ، وإما عند أبى يوسف فى كتابيه كما فى التعجيل ، ولعل الصواب ماذكره هنا وفى الآثار ، وكما ذكره فى التهذيب ، لأن محمداً روى هذا الحديث فى كتاب المضاربة من «الأصل» نحو مارواه أبو يوسف ، والله أعلم . وأخرجه ابن أبى شيبة بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال : عن عبدالله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه فأصاب فقاسمه الفضل — كنز العمال

(١) وفى رواية كتاب المضاربة زاد فعمل له بالعراق ، وكان يأتى الحجاز فكان يقاسم عمر الربح

(٢) هو عبد الله بن على أبو أيوب الافريقى الكوفى الأزرق . روى عن صفوان بن سليم وعاصم بن بهدلة والزهرى وأبى إسحاق السبيعى وزيد بن أسلم

ابن يعقوب (١) عن أبيه (٢) أن عثمان بن عفان رضى الله عنه أعطى مالا مقارضة يعنى مضاربة (٣) . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن

وابن المنكدر وجماعة ، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحي بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن سنان وأبو يوسف القاضى . ذكره ابن حبان فى الثقات . قال ابن معين : ليس به بأس . قلت : روى له أبو داود والترمذى — من تهذيب التهذيب . قلت : فوساطة الامام بينه وبين أبى يوسف لعلها من الناسخ

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقى ، أبو شبل المدنى مولى الحرقة من جهينة . روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبى السائب ونعيم المجمر وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم ، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن اسحاق ومالك ومسلم الزنجى وشعبة والسفيانان وغيرهم . روى له الخمسة والبخارى فى جزئه . ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال الواقدى : كان ثقة ، كثير الحديث . وقال النسائى : ليس به بأس ، وكذلك روى عن ابن معين . مات سنة ١٣٩ — من التهذيب

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهنى المدنى . روى عن أبيه وأبى هريرة وأبى سعيد وابن عباس وابن عمر وهانىء مولى على ، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمى ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان ، ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال العجلى : تابعى ، ثقة . أخرج له الخمسة والبخارى فى جزء القراءة . قلت : أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة ، وعنه ابنه والوليد بن الوليد — من التهذيب

(٣) أخرجه الامام محمد أيضاً فى كتاب المضاربة من «الأصل» . وأخرجه مالك أيضاً فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل فى مال لعثمان بن عفان على أن الربح بينهما . قلت : فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا . وجده يعقوب هو الذى عمل لسيدنا عثمان رضى الله عنه . وكذلك أخرجه البيهقى

عبدالله بن مسعود رضى‌الله عنه أعطى زيد بن خليدة [١] مالا مقارضة [٢]

باب السلم

قال أبو يوسف : وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز. بلغنا عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال : ذلك المعروف الحسن الجميل [٣] . وبه نأخذ [٤] . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله [٥]

---

(١) زيد بن خليدة اليشكرى ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال البخارى فى تاريخه هو والد محمد . قال الشعبى : حدثنى زيد بن خليدة أنه لقى هرم بن حيان العبدى وابن مسعود رضى الله عنهما

(٢) وأخرجه هو فى آثاره أيضا والامام محمد أيضاً فى المضاربة من « الأصل » وابن خسرو فى مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلا

(٣) أخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن أبى عمر عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس أنه قال فى الرجل يأخذ بعض سلمه ويأخذ بعض رأس ماله فقال : « لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل » . وأخرجه الامام محمد فى الآثار والحسن بن زياد فى مسنده نحوه . وأخرجه ابن خسرو أيضا من طريق الحسن . وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعا «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلمه فلا بأس به »

(٤) وهو قول محمد أيضاً ـ أفاده السرخسى فى ص ١٣٠ ج ١٢ من المبسوط قال الامام السرخسى : وحجتنا فى ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله فى الكل جاز فكذلك إذا أقاله فى البعض يجوز أيضا كما فى بيع العين

(٥) قلت : وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما كما ذكره السرخسى ، واستدل هو

قال : وإذا أسلم الرجل فى اللحم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاخير فيه لأنه غير معروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا بأس به . ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبى ليلى وقال : إذا بين مواضع اللحم فقال : أفخاذ وجنوب ونحو هذا ، فهو جائز[1]

بقوله عليه السلام « لاتأخذ إلا سلمك أورأس مالك » وتأويل الحديث أن النهى عن أخذ شىء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه ، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال أفاده السرخسى

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ١٢ ص ١٣٧ : ولا خير فى السلم فى اللحم لأنه مختلف فى قول أبى حنيفة ، ولا بأس به فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أسلم فى موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز . وقيل لاخلاف بينهما وبين أبى حنيفة فيما إذا أطلق السلم فى اللحم وهما لايجوزان ذلك ، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعا ، وأبو حنيفة يجوز ذلك . والأصح أن الخلاف ثابت وأن عند أبى حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعا معلوما . وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات ، وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربا بعلة الوزن الخ . ولأبى حنيفة طريقان : أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ماليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ماليس بمقصود منه ، ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى فى ذلك ؟ فالمشترى يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة ؛ والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن ، بخلاف النوى الذى فى التمر فالمنازعة لا تجرى فى نزع ذلك ، وكذلك العظم الذى فى الألية . وعلى هذا الطريق إذا أسلم فى لحم منزوع العظم يجوز عند أبى حنيفة وهو اختيار ابن شجاع ، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ، ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة ، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة ، وبقلة الكلأ وبكثرة الكلأ ، والسلم لا يكون إلا مؤجلا

باب الشفعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا شفعة فى ذلك لأحد . وبه نأخذ[١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح ؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم للشفيع منها ، وبم يأخذ بالقيمة أو بالمهر ؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار فى قولهما جميعاً

فلا يدرى أن عند حلول الحول على أى صفة تكون ؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم فى اللحم بمنزلة السلم فى الحيوان وبه فارق الاستقراض . فالقرض لا يكون إلا حالا ، وفى الحال صفة السمن والهزال معلومة ، وبخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة ، وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وغيره) سواء وهو الأصح

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة فى باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسى ج ٥ ص ٧٨ قال : وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق ، والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة . وهذا لأن الشفيع إنما يتملك بمثل السبب الذى به تملك المشترى ، فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا فى إنشاء سبب آخر ، ولهذا لا تجب الشفعة فى الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا آخر غير السبب الذى تملك به المتملك ، فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سببا آخر ، بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد فى أنه شراء مطلق

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل داراً وبنى فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقض . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وثمن الدار الذى اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له (٢)

قال : وإذا اشترى الرجل أرضا أو داراً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لصاحب الشفعة الشفعة حين علم ، فان طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه

---

(١) وبه يأخذ صاحبه

(٢) وفى المبسوط : وعلى قول ابن أبى ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطى الثمن وقيمة البناء إن شاء . وهو رواية عن أبى يوسف

(٣) قلت : وهو قول محمد أيضا . والمسألة فى كتاب الشفعة من المبسوط ج ١٤ ص ١١٦ ـ ١١٧ قال : واستدل علماؤنا فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة لمن وثبها » وفى رواية : « الشفعة كنشطة العقال إن أخذ بها ثبتت وإلا ذهبت » الخ . قال : وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له . وفى هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخى . وذكر ابن رستم فى نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفعته ، وعلى هذا عامة مشائخنا إلا أن هشاما ذكر فى نوادره أنه إذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته مالم يتطاول سكوته ، وكذلك إن قال كما سمع : سبحان الله ، أو قال الله أكبر ، أو قال : خلصنى الله من فلان ، ثم طلب الشفعة ، فهو على شفعته . وكذلك إذا قال : بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها ، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفعته ، وهو على حقه إذا طلب . وقال ابن أبى ليلى : إن طالت

قال : وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشترى ونقده الثمن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : العهدة على المشترى الذى أخذ المال . وبه نأخذ[١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشترى للشفيع

قال : وإذا كانت الشفعة لليتيم ، فإن أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : له الشفعة . فإن كان له وصى أخذها بالشفعة ، وإن لم يكن له وصى كان على شفعته إذا أدرك ، فإن لم يطلب الوصى الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفعة إذا أدرك . وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً . وبه نأخذ[٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاشفعة للصغير

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الشفعة للشريك الذى لم يقاسم ، وهى بعده للشريك الذى قاسم والطريق واحدة بينهما وهى بعده للجار الملاصق . وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء ، فهم شركاء فى الشفعة[٣] . وكان ابن أبى ليلى يقول بقول أبى حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير

إلى ثلاثة أيام فله الشفعة . وقال سفيان : له مهلة يوم من حين سمع . وقال شريك هو على شفعته مالم يبطلها صريحا أو دلالة ، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له

(١) وهو قول محمد أيضا . وهذه المسألة فى كتاب الشفعة من مبسوط السرخسى ج ١٤ ص ١٠١ قال : « وقال ابن أبى ليلى عهدته على البائع فى الوجهين جميعا » أى أخذها من المشترى أو من البائع سواء عنده فى العهدة

(٢) قال السرخسى : وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك ، وهو قول ابن أبى ليلى . وقد بيناها فى الشفعة

(٣) وهو قول صاحبيه . والمسألة فى ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط . قال : وهذا أى قول على وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبى ليلى الخ ونحن أخذنا بقول عمر

المؤمنين [١] يأمره أن لا يقضى بالشفعة إلا للشريك الذى لم يقاسم ، فأخذ بذلك وكان لا يقضى إلا للشريك الذى لم يقاسم . وهذا قول أهل الحجاز . وكذلك بلغنا عن على وابن عباس رضى الله عنهم

قال : وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو على شفعته ، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن . وبه نأخذ [٢] .

وكان ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يقول : لاشفعة له لأنه قد سلم ورضى . أخبرنا الحسن بن عمارة [٣] عن الحكم [٤] عن مجاهد [٥] عن ابن عباس

---

(١) هو عبد الله بن محمد بن على بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمى العباسى أول خلفاء بنى العباس بويع فى سنة ١٣٢ . ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالجدرى وله ٣٢ سنة . ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر — من دول الاسلام

(٢) وهو قول صاحبه أيضاً . والمسألة فى ص ١٠٥ من شفعة المبسوط ج ١٤ مبسوطة مشروحة مدللة

(٣) الحسن بن عمارة البجلى مولاهم الكوفى أبو محمد قاضى بغداد . روى عن ابن أبى مليكة والحكم ، وعنه السفيانان والقطان وخلق . روى له أبو داود وابن ماجه والبخارى تعليقا . مات سنة ١٥٣

(٤) الحكم بن عتيبة بمثناة فوقية ثم تحتية مصغرا الكندى مولاهم ، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفى ، أحد الأعلام . روى عن أبى جحيفة وعبد الله بن شداد وأبى وائل وابن أبى ليلى وخلق ، وعنه منصور والأعمش ومسعر وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون . قال العجلى : ثقة ثبت ، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة واتباع . مات سنة ١١٥ عن خمس وستين سنة . قلت : روى له الستة وغيرهم

(٥) مجاهد بن جبر باسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكى المقرىء

رضى الله عنهما وعن الحكم عن يحي [١] عن على رضى الله عنه أنهما قالا : «لاشفعة إلا لشريك لم يقاسم» [٢] . أخبرنا الحجاج بن أرطاة [٣] عن عمرو ابن شعيب [٤] عن عمرو بن الشريد [٥] عن أبيه قال : قال رسول الله صلى

الامام المفسر . روى عن ابن عباس وأبى هريرة وجابر وعائشة ، وقيل لم يسمع منها ، وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق ، وثقه ابن معين ، وأبوزرعة . مات بمكة سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد . ومولده سنة ٢١ . قلت : هو من رواة الصحاح والسنن وغيرها من الكتب

(١) هو يحي بن الجزار العرنى الكوفى ، لقبه زبان . روى عن على وأبى بن كعب وابن عباس والحسن بن على وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبى ليلى وابن أخى زينب الثقفية ، وعنه الحكم وحبيب بن أبى ثابت وعمرو بن مرة وموسى بن أبى عائشة وغيرهم . روى له الأربعة ومسلم . قال الجوزجانى : كان غاليا مفرطا . وقال أبوزرعة والنسائى وأبو حاتم : ثقة ، وذكره ابن حبان فى الثقات . من التهذيب

(٢) وأخرجه الامام محمد أيضاً فى كتاب الشفعة من «الأصل»

(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعى الكوفى ، قاضى البصرة أحد الأعلام . روى عن يحي بن أبى كثير ولم يسمع منه والشعبى وعطاء وعكرمة ، وعنه منصور شيخه وشعبة وعبدالرزاق . قلت : وأبو يوسف وخلق . قلت : روى له الخمسة والبخارى فى الأدب . قال أبو حاتم : إذا قال حدثنا فهو صالح لانرتاب فى حفظه وصدقه . مات سنة ١٤٧ — من الخلاصة

(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمى ، أبو إبراهيم المدنى ، نزيل الطائف . روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع بنت معوذ وطائفة ، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهرى وأيوب وخلق . قال القطان : إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به . أخرج له الأربعة والبخارى فى جزء قراءته . مات سنة ١١٨ — خلاصة

(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى أبو الوليد الطائفى . روى عن أبيه

الله عليه وسلم «الجار أحق بسقبه ما كان [١]» . أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية [٢] عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضى الله عنهم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الجار أحق بسقبه [٣]»

وأبي رافع ، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج ، وثقه العجلى . روى له الخمسة والترمذى فى الشمائل . قلت : وشريد بن سويد الثقفى شهد بيعة الرضوان ، له أحاديث ، انفرد له مسلم بحديثين . روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن — من الخلاصة

(١) أخرجه النسائى وابن ماجه والطحاوى عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريد عن أبيه ، ولفظه أن رجلا قال : يا رسول الله أرضى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا للجوار . فقال : «الجوار أحق بسقبه ما كان» وأخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع

(٢) هو عبد الكريم بن قيس أبي المخارق أبو أمية البصرى المعلم . روى عن أنس وعمرو بن سعيد بن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحبان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الزبير المكى ، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحماد بن سلمة والثورى وإسرائيل وشريك وابن عيينة . روى له البخارى تعليقا ومسلم متابعا والترمذى والنسائى وابن ماجه وأبو داود فى مسائل أحمد ، ضعفوه . مات سنة ١٢٦

(٣) قلت : وأخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره أيضاً عن الامام عن عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع : وأخرجه الامام محمد فى كتاب الشفعة من «الأصل» وفى كتاب «الحجة» وفى كتاب «الآثار» أيضا . وفيه عن رافع ، وأخرجه الحسن بن زياد أيضا عنه فى مسنده . وأخرجه أبو محمد الحارثى فى مسنده عن الامام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطئها . وأخرجه الكلاعى

باب المزارعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلا أو شجرا معاملة بالنصف ، أو أقل من ذلك أو أ كثر ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل [١] لأنه استأجره بشيء مجهول . يقول : أرأيت لو لم يخرج من

من طريق الوهبي وطلحة بن محمد والقاضى أبو بكر وابن خسترو فى مسانيدهم عنه . قلت : وأخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ، وكذلك الطحاوى عن ابن عيينة عن ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال : أتانى المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد منكبي فقال : انطلق بنا إلى سعد ، فأتينا سعد بن أبي وقاص فى داره فجاء أبو رافع فقال للمسور : ألا تأمر هذا أن يشترى منى بيتين فى داره ؟ فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعمائة دينار مقطعة أو منجمة . فقال : سبحان الله ! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقدا ، ولولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الجار أحق بسقبه» ما بعتك . قلت : واختلف فيه على الامام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف ، ومن أخرج مثله ، بين ذلك الحارثى . ورافع مولى سعد ، ورافع بن خديج وهم . والسقب : القرب ، والصاد لغة ، وهما مصدرا : سقبت الدار ، وصقبت . والصاقب : القريب . ومعنى الحديث : الجار أحق بسقبه : أى أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جارا ملاصقا . والباء من صلة أحق لا للتسبيب — كذا فى المغرب

(١) وحجة الامام حديث جابر « نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة » . أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره ، وحديث ثابت بن الضحاك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة

ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر ؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : ذلك كله جائز ، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خيبر بالنصف فكانت كذلك حتى قبض ، وخلافة أبي بكر رضى الله عنه ، وعامة خلافة عمر رضى الله عنه [(١)] . وبه نأخذ . وإنما قياس هذا عندنا مع الأثر ، ألا تر أن الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة بالنصف ولا بأس بذلك ؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن عبدالله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضى الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة [(٢)] . وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص ، وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع والثلث [(٣)]

وقال : لا بأس بها » أخرجه مسلم . والمخابرة هى المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسى ، فانه أكثر فى هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه . وأخرج أحاديث الباب أصحاب السنن ، والبيهقى واستوعبها

(١) قلت : أخرجه الشيخان والترمذى وابن ماجه من حديث ابن عمر ، والطحاوى من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، والبيهقى من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضى الله عنهم

(٢) وقد مر ماروا عنهم مع تخريج الآثار

(٣) أخرج الطحاوى عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان رضى الله عنه نفراً من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن مسعود ، والزبير بن العوام ، وسعد ابن مالك ، وأسامة . فكان جارى منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والربع . وفى رواية عنه : أقطع عبد الله أرضاً وأقطع سعداً أرضا ، وأقطع خبابا أرضا ، وأقطع صهيبا أرضا ، فكلا جارى كانا يزارعان بالثلث والربع . وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث يعلى بن

باب الدعوى والصلح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل فى دار أودين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعى عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى هذا جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى لايجيز الصلح على الإنكار . وكان أبو حنيفة يقول : كيف لايجوز هذا وأجوز مايكون الصلح على الانكار ؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح

قال : وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الصلح جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب . وكذلك لوأخرعنه دينا عليه وهو متغيب كان قولهما جميعا على ماوصفت لك

قال : وإذا صالح الرجل الرجل[1] أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه[2] . وبه نأخذ[3] . وكان ابن أبى ليلى

منية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث ، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر ، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث . وأخرج عن أبى جعفر محمد بن على أنه قال : كان أبو بكر الصديق رضى الله عنه يعطى الأرض على الشطر

(١) زاد السرخسى : عن صلح

(٢) وفى نسخة السرخسى : البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا فى الأصل والظاهر أنه من سهوالناسخ لأن قول أبى يوسف يأتى

يقول : أقبل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه . وقال أبو يوسف[1] : إذا كان الإكراه فى موضع أبطل فيه الدم قبلت البينة على الإكراه . وتفسير ذلك أن رجلا لو شهر على رجل سيفاً فقال : لتقرن أو لأقتلنك فقال : أقبل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار

قال : وإذا اختصم الرجلان إلى القاضى فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضى وقامت عليه بذلك بينة وهو يجحد ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا إقرار لمن خاصم إلا عندى ، ولا صلح لهما إلا عندى

قال : وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقضى بينهما بقضاء مخالف لرأى القاضى فارتفعا إلى ذلك القاضى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ينبغى لذلك القاضى أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : حكمه عليهما جائز

بعد ، أو اتفق هو معه فى صورة واحدة كما بينه السرخسى، واختلف فى أخرى فبينه بقوله : وقال : أبو يوسف الخ

(١) وفى المبسوط : وقال أبو يوسف ومحمد الخ . قال وهذه تنبنى على ما بيناه فى كتاب الاكراه أن عند أبى حنيفة الاكراه إنما يتحقق من السلطان ، فاكراه الرعية ليس باكراه . وعندهما يتحقق الاكراه ممن يكون قادراً على إيقاع ما هدد به ، سلطانا كان أو غيره ، فيقولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا ، أو أكرهه من عامله على ذلك ، لم يمتنع نفوذه عند أبى حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه فكذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إنما تقبل البينة على هذا إذا كان فى موضعه بأن يتصور الاكراه من مثله له ، وعند ابن أبى ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت السبب المبطل للعقد أو للدفع بصفة اللزوم بالبينة ، والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم . ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع ، فكذلك إذا ثبت بالبينة

(٢) وهذا متفق عليه عند علمائنا ــ أفاده السرخسى

باب الصدقة والهبة

قال أبو يوسف رضي الله عنه : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت : أكرهني وجاءت على ذلك ببينة ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : لا أقبل بينتها وأمضي عليها ما فعلت من ذلك . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : أقبل بينتها على ذلك وأبطل ما صنعت (١)

قال : وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهي دار فبناها بناء وأعظم النفقة ، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو صنعها حتى شبت وأدركت ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها خيرا ، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب ؟ أرأيت إن ولدت الجارية ولدا

---

(١) قلت : روى الامام محمد في « الأصل » عن علي رضي الله عنه قال : إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها ، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة . قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعد ما نقل هذا الأثر : وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ، ومن الزوج لا ، لاعتبار الظاهر . فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها . والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته ، وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يعدم الرضا . قلت : وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يبين دليل الامام وصاحبيه ولا مذهبهم

كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط ؟ وبهذا نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فى ذلك كله وفى الولد

قال : وإذا وهب الرجل جارية لابنه ، وابنه كبير وهو فى عياله ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز إلا أن يقبض . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كان الولد فى عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة . وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته

قال : وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعا وذلك المتاع مما يقسم فقبضاه جميعاً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منهما منها حصته . وكان ابن أبى ليلى يقول : الهبة جائزة . وبه نأخذ [٣] . وإذا وهب اثنان لواحد وقبض فهو جائز . وقال أبو يوسف : هما سواء

---

(١) وهى متفق عليها بين علمائنا وهى مذكورة فى المبسوط فى كتاب الهبة ج ١٢ ص٨٣ قال : وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة ، فان كان لا يعد زيادة كالآرى أو يعد نقصانا كالتنور فى الكاشانة فانه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة فى عينه . وفى المغرب : الآرى : هو المعلف عند العامة ، وهو مراد الفقهاء . وتستعار الأوارى بالمكان لما يتخذ فى الحوانيت من تلك الأحياز للحبوب وغيرها كما يستعار بحياض الماء فى الحمام . والكاشانة : الطرز وقيل : بيت الصيف بالفارسية كالقيطون الصيفى عندنا

(٢) وهو قول محمد أيضا . والمسألة فى ص ٥١ ج ١٢ فى كتاب الهبة من المبسوط . واستدل فقال : لأنه لابد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم ، ألا ترى أن الغنى يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك إلا بالاعلام مالم يسلمه إليه ؟ وذكرت المسألة فى ص ٦١ أيضا من هذا المجلد

(٣) وهو قول محمد أيضا . والمسألة فى ص ٦٧ ج ١٢ من المبسوط

قال : وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : الهبة فى هذا باطلة ولا تجوز . وبه نأخذ (١). ومن حجته فى ذلك أنه قال : لاتجوزالهبةإلامقسومة معلومة مقبوضة . بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه « أنه نحل (٢) عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها جذاذ عشرين وسقا (٣) من نخل له بالعالية (٤) فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكونى قبضته وإنما هو مال الوارث (٥)

---

(١) والمسألة متفق عليها وهى فى ص ٦٩ ج ١٢ من المبسوط

(٢) فى المغرب : نحله كذا : أى أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض ، ومنه حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة رضى الله عنها الخ والنحل والنحلة : العطية

(٣) الجذاذ بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين وبمهملتين : ما قطع من الشىء . قال الزرقانى : هو صفة للثمر من جذ إذا قطع . يعنى أن ذلك يجذ منها . وقال الأصمعى : هذه أرض جاد مائة وسق أى يجد ذلك منها . فهو صفة النخل التى وهبها ثمرتها ، يريد نخلا يجد منها عشرون وسقا ، والوسق ستون صاعا

(٤) قال المولى على القارى : أى بقرية من العوالى حول المدينة

(٥) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » والامام مالك فى « الموطأ » عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية مامن الناس أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقرا منك ، وإنى كنت نحلتك من مالى جذاذ عشرين وسقا ، فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ، فانما اليوم مال وارث ، وإنما هو أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله . قالت : يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هى أسماء فمن الأخرى ؟ قال : ذو بطن خارجة أراها جارية ، فولدت جارية . وكذلك أخرجه الطحاوى

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته . وكان إبراهيم يقول : لاتجوز الهبة إلا مقبوضة . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كانت الدار بين رجلين فوهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة ، وهذه معلومة وهذه جائزة . وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنين . وبه نأخذ

قال : وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضا ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة . وبه نأخذ (١) . وليس هذا بمنزلة الشراء . وكان ابن أبى ليلى يقول : هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض . ولا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة بعد العوض فى قولهما جميعاً

قال : وإذا وهب الرجل للرجل هبة فى مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الهبة فى هذا باطلة لاتجوز . وبه نأخذ . قال : ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك

وقال فيه : بالغابة . وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق : كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلى ، فلما مرض قال لها : اجعليه فى الميراث . وأخرجه البيهقى من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوى ولفظهما ، ومن طريق عبدالله بن عمرعن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة ، ومن طريق حنظلة بن أبى سفيان عن القاسم عن عائشة رضى الله عنها

(١) وهو قول محمد أيضا . والمسألة فى باب الشفعة فى الهبة من المجلد ١٤ من المبسوط

فى ذكروصيته [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : هى جائزة من الثلث . حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبى رباح [٢] عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « لاتجوز الصدقة إلا مقبوضة [٣] » حدثنا الأعمش [٤] عن إبراهيم [٥]

---

(١) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهى فى ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط

(٢) عطاء بن أبى رباح القرشى مولاهم الجندى اليمانى نزيل مكة ، أحد الفقهاء والأئمة . روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلا ، وعن أسامة وعائشة وأبى هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة . وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجرير وابن جريج . كان ثقة ، عالما ، كثير الحديث ، انتهت إليه الفتوى بمكة . وهو من رواة الستة . مات سنة ١١٤

(٣) قال البيهقى : وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا : لاتجوز الصدقة حتى تقبض ، وعن معاذ وشريح أنهما كانا لايجيزانها حتى تقبض . وأخرج عن يحي بن يعمر عن أبى موسى عن عمر « الانحال ميراث مالم يقبض » وحديث أبى بكر فى نحلة التمر يدل على ذلك

(٤) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلى مولاهم الكوفى ، أحد الأعلام الحفاظ والقراء . رأى أنساً ، وروى عن ابن أبى أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبى وائل وإبراهيم النخعى والتيمى والشعبى وخلق . وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمى من أقرانه وسفيان وشعبة وزائدة ووكيع وخلق . مات سنة ١٤٨ عن أربع وثمانين سنة . قلت : هو من رواة الستة والأثبات الحفاظ العدول

(٥) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعى أبو عمران الكوفى الفقيه ، يرسل كثيراً ، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبى عبيدة بن عبدالله ومسروق وأبى وائل وعائشة أم المؤمنين ، وقيل مرسل عنها . وعنه الحكم ومنصور والأعمش وابن عون وزبيد وحماد وخلق . روى له الستة . كان لايتكلم إلا إذا سئل . قال المغيرة : كنا نهابه كما يهاب الأمير ، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطونة قال ابن معين : مراسيل إبراهيم أحب إلى من مراسيل الشعبى . قال ابن عبدالبر :

قال : « الصدقة إذا علمت جازت ، والهبة لاتجوز إلا مقبوضة[١] » . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما فى الصدقة . وهو قول أبى يوسف رضى الله عنه

باب فى الوديعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتنى أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه ، [وقال رب الوديعة : كذبت لم آمرك] [٢] قال أبو حنيفة رضى الله عنه : فالقول [٣] قول رب

« كل من عرف أنه لايأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول ، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعى عندهم صحاح » وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعى الذى خرجه الترمذى فى العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال : « قلت لابراهيم النخعى أسند لى عن عبد الله بن مسعود ، فقال إبراهيم: إذا حدثتك عن رجل عن عبدالله فهو الذى سميت ، وإذا قلت قال عبدالله فهو عن غير واحد عن عبدالله . ثم قال ابن عبدالبر : إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الامام (يعنى مالكا) أولى من مسنده لأن فى هذا الخبر مايدل على أن مراسيل النخعى أقوى من مسانيده ، وهو لعمرى كذلك إلا أن إبراهيم ليس بمعيار على غيره » نقله ابن رجب فى شرح علل الترمذى . قال الشعبى : ماترك إبراهيم بعده أعلم منه . مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ رضى الله عنه

(١) وأخرجه فى الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم وعن الامام عن الهيثم عن شريح مثله

(٢) زيادة من كتاب الوديعة من «الأصل»

(٣) وفى بعض نسخ «الأصل» فى كتاب الوديعة : فان أبا حنيفة كان يقول : القول ، والباقى سواء

الوديعة ، والمستودع ضامن . وبهذا نأخذ(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين

قال : وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه ، فقال المستودع : لاأدرى أيكما استودعنى هذه الوديعة ؟ وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعطيهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما ، لأنه أتلف ما استودع بجهالته (٢) ألا ترى أنه لو قال : هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذى أقر له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك (٣) ؟ لأن قوله أتلفه ، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله . وبهذا نأخذ (٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الأول : ليس عليه شىء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان (٥)

قال : وإذا استودع الرجل وديعة فاستودعها المستودع غيره [فى غير عياله] (٦) فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لأنه خالف . وبهذا نأخذ (٧) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاضمان عليه

---

(١) وفى بعض نسخ « الأصل » وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد

(٢) وفى نسخة بجهله

(٣) وفى نسخة مثلها

(٤) وفى نسخة « الأصل » وبه أخذ أبو يوسف ومحمد

(٥) كذا فى الأصل . وفى بعض نسخ كتاب الوديعة من « الأصل » : والوديعة بينهما ، وهو الصواب ، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً

(٦) زيادة من « الأصل »

(٧) وفى بعض نسخ كتاب الوديعة : وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده : وقال أبو حنيفة : لا يضمن الآخر إن هلكت الوديعة عنده . وقال أبو يوسف

قال : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة[1] بغير عينها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : جميع ماترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص . وبهذا نأخذ [2] . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه [3] . وقال أبو حنيفة : فان كانت الوديعة بعينها فهى لصاحب الوديعة إذا علم ذلك ، وكذلك قال ابن أبى ليلى . حدثنا أبو حنيفة عن حماد[4] عن إبراهيم أنه قال فى الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين : إنهم يتحاصون الغرماء وأصحاب الوديعة [5] . حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبى جعفر[6] ، وعطاء مثل ذلك . حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله

ومحمد : لرب الوديعة أن يضمن الآخر ، فان ضمنه يرجع على الأول ، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر

(١) وفى نسخة « الأصل » وعنده وديعة

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد — « الأصل »

(٣) وفى بعض نسخ كتاب الوديعة : لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه

(٤) هو حماد بن أبى سليمان مسلم الأشعرى ، أبو إسماعيل الكوفى الفقيه . روى عن أنس وأبى وائل وإبراهيم النخعى وخلق . وعنه ابنه إسماعيل ومغيرة وأبوحنيفة ومسعروشعبة ، وتفقهوا به . روى له الخمسة ، والبخارى علق له قوله ، وأخرج عنه فى الأدب . وثقه النسائى وغيره . مات سنة . ١٢

(٥) وأخرجه فى الآثار أيضا ولفظه أنه قال فى المضاربة والوديعة والدين سواء فى مال الميت يتحاصون جميعا . وأخرجه الامام محمد أيضا فى آثاره وزاد فى آخره : إذا لم تعرفا بأعيانهما المضاربة والوديعة . قال : وبه نأخذ ، وهو قول أبى حنيفة

(٦) هو محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب الامام المشهور بالباقر

باب فى الرهن

قال أبو يوسف : ولو ارتهن الرجل رهنا فوضعه على يدى عدل برضا صاحبه فهلك من عندالعدل وقيمته والدين سواء ، فانأبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الرهن بما فيه وقد بطل الدين . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن فى يدى المرتهن إنما كان موضوعا على يدى غيره

قال : وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدى عدل ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : المرتهن أحق بهذاالرهن منالغرماء . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : الرهن بين الغرماء والمرتهن بالحصص على قدر أموالهم [٢] ، وإذكان الرهن فىيدى المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعاً فيه واحد

قال : وإذا رهن الرجل الرجل داراً ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الرهن باطل لايجوز . وبهذا نأخذ [٣] حفظى عنه فى كل رهن فاسد وقع فاسداً فصاحب المالأحق به حتى يستوفىماله يباع لدينه . وكان ابنأبى ليلى يقول : مابقى من الدارفهو

أبو جعفر الهاشمى المدنى . روى عن أبيه وأبى سعيد وجابر وابن عمر وطائفة . وعنه جعفروالزهرى ومحول بن راشد وخلق . وروى له الستة . قال ابن سعد : ثقة كثيرالحديث . توفى سنة ١١٤

(١) والمسألة متفق عليها ، وهى فى كتاب الرهن ص ٧٧ ج ٢١ من مبسوط السرخسى

(٢) والمسألة فى ص ٧٨ ج ٢١ من مبسوط السرخسى

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهى فى ص ٧١ ج ٢١ من المبسوط

رهن بالحق . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيبا غير مقسوم ؟

قال : وإذا وضع الرجل الرهن على يدى عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للعدل أن يبيع الرهن ، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن . وبه نأخذ[1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء ، وللمسلط أن يبيعه فى مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة فى قياس قوله

قال : وإذا ارتهن الرجل داراً ثم أجرها باذن الراهن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يؤجرها وصارت بمنزلة العارية . وبه نأخذ[2] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هى رهن على حالها والغلة للمرتهن قضاء من حقه

باب الحوالة والكفالة فى الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للطالب أن يأخذ أيهما شاء ، فان كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذى أحاله لأنه قد أبرأه . وبهذا نأخذ[3] . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس له أن يأخذ الذى عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه حيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال

---

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة فى ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط

(٢) وهى متفق عليها بين أصحابنا . وذكرت فى باب رهن الحيوان من المبسوط مع اختلاف ابن أبى ليلى فى ص ١٠٨ ج ٢١

(٣) وهذه المسألة فى كتاب الكفالة فى ص ١٢٦ ج ٢٠ باب الكفالة

إلا أن يكون المال قدتوى قبل الكفيل فيرجع به على الذى عليه الأصل ، وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء فى قولهما جميعا

قال : وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هما كفيلان جميعا . وبه نأخذ[١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : قد برىء الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر [٢]

قال : وإذا كفل الرجل للرجل بدين غير مسمى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو له ضامن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لايجوز عليه الضمان فى ذلك لأنه ضمن شيئا مجهولا غير مسمى ، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ماقضى لك به القاضى عليه من شىء وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود ، وما أشبه هذا ، فهو مجهول [٣]

بالأعيان ، وهى متفق عليها بين أصحابنا . وذكرها السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من كتابه أيضا فى ج ٣٠ ص ١٤٦

(١) وهو قول محمد أيضا ، أفاده سياق قول السرخسى حيث لم يذكر خلافه

(٢) قال السرخسى فى ص ١٧٠ ج ١٩ من مبسوطه محتجا لابن أبى ليلى : لأن الطالب يصير معرضاً عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر ، وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثانى بقصد زيادة التوثق فلايصير مبرئا للكفيل الأول . ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد أن يكون إحضار شىء واحد مستحقا على شخصين

(٣) قال السرخسى : ولكنا نقول : الجهالة لاتمنع صحة الالتزام ولكنهاجهالة تفضى إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضى إلى تمكن المنازعة ، فان الطالب لايطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصيل ، ولا تتمكن المنازعة بعد ماثبت له الحق

قال : وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئا ولا قليلا ولا كثيرا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاضمان على الكفيل لأن الدين قد توى . وكان ابن أبى ليلى يقول : الكفيل ضامن . وبه نأخذ (١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن ترك شيئا ضمن الكفيل بقدر ماترك ، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به

قال : وإذا كفل العبد المأذون له فى التجارة ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : كفالته جائزة لأنها من التجارة (٢) وإذا أفلس المحتال عليه ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لايرجع على الذى أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا (٣) . وكان ابن أبى ليلى

على الأصيل بالحجة أو بعد ماقضى القاضى به عليه . ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالاقرار فانه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب ، وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار فكذلك جهالة المكفول به

(١) قال : السرخسى فى ص ١٤٧ ج ٣٠ ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المفلس وبينا أن قول ابن أبى ليلى فيه كقول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى

(٢) قال السرخسى : ولكننا نقول : لاتصح كفالة المأذون فى حالة رقه لأن الحاجز وهو الرق قائم وإنما انفك الحجر عنه بالاذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فان التجار يتحرزون عن الكفالة غاية التحرز ؛ لهذا قيل : « الكفالة أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة » فبقى محجورا عنه على ما كان قبل الاذن ، ثم الكفالة بمنزلة الاقراض فانه تبرع فى الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع فى المال ، والعبد المأذون لايملك الاقراض فى حق مولاه فكذلك الكفالة

(٣) قال السرخسي في ص ٤٧ ج ٢٠ من مبسوطه : وحجتنا في ذلك

رحمه الله يقول : له أن يرجع إذا أفلس . وبهذا نأخذ (١)

قال : وإذا وكل الرجل رجلا فى شىء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أومرض ، فأما إذا كان صحيحا حاضراً فلا . قال أبو حنيفة : وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه بخصومة غيره وإنما رضى بخصومته ؟!

حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا فى المحتال عليه يموت مفلسا قال : يعود الدين إلى ذمة المحيل ، لا توى على مال امرىء مسلم . والمعنى فيه أن هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذى انتقل حقه عنه ، كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين

(١) قال فى المبسوط ص ٤٧ ج ٢٠ : وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بأن الحوالة تبرىء المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال . وقال فى ص ١٤٨ ج ٣٠ : وهو بناء على ماسبق أن عند ابن أبى ليلى التفليس والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه ، لأن عنده بعد التفليس والحبس لا ينفذ عتق المديون فى عبده فتحقق التوى بالتفليس على قوله . وإذا توى المال على المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام « لا توى على مال امرىء مسلم » فأما على قول أبى حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشىء أو محله الذى كان قائما به ، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الافلاس ببقاء الذمة محلا صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء بالافلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال غاد ورائح ، بخلاف ما إذا مات فان محل الدين خرج من أن يكون صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء فى أحكام الدنيا ، بخلاف ما لو جحد وحلف ، لأن الدين هناك صار تاويا حكما حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم

(٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده السرخسي

قال : وإذا وكل رجل رجلا بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضى ثم أقر على صاحبه الذى وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذى يخاصمه أقر به عند القاضى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إقراره جائز. قال محمد : وبه نأخذ . وإن أقر عند غير القاضى وشهد عليه الشهود ، فاقراره باطل ويخرج من الخصومة . وقال أبو يوسف : إقراره عند القاضى وعند غيره جائز عليه [1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : إقراره باطل

قال : وإذا وكل رجل رجلا فى قصاص أو حد ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تقبل فى ذلك وكالة [2] . وبه نأخذ . وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال : أقبل من الوكيل البينة فى الدعوى فى الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعى . وقال أبو يوسف : لا أقبل البينة إلا من المدعى ولا أقبل فى ذلك وكيلا . وكان ابن أبى ليلى يقول : تقبل فى ذلك الوكالة

قال : وإذا كانت فى يدى رجل دار فادعاها رجل فقال الذى هى فى يديه وكلنى بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها ، فان أبا حنيفة ضى الله عنه كان يقول : لا أصدقه إلا أن يأتى على ذلك ببينة وأجعله خصما . وبه نأخذ [3]

---

(١) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال : يصح إقراره فى مجلس القاضى ، وفى غير مجلس القاضى إقراره باطل . والمسألة فى ص ٤ ج ١٩ من المبسوط

(٢) قال فى المبسوط ص ٩ ج ١٩ : والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق

(٣) وبه قال الامام محمد أيضاً . والمسألة فى كتاب الدعوى ص ٣٧ ج ١٧ من المبسوط ، ولفظه : ولو ادعى عينا فى يد رجل أنه له وقال الذى هو فى يديه : أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلنى بحفظه ، لم يخرج من خصومة المدعي إلا أن يقيم

وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : إن كان متهما أيضا لم أقبل منه بينة وجعلته خصما إلا أن يأتي بشهود أعرفهم . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل منه وأصدقه ولا نجعل بينهما خصومة . وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول : إذا اتهمته سألته البينة على الوكالة فان لم يقم البينة جعلته خصما

قال : وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال : قد وكلني بقبضه منك فلان ، فقال الذي عليه المال : صدقت ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : أجبره على أن يعطيه إياه ، وبه نأخذ[1] . وكان ابن أبي ليلى

البينة على ماقال عندنا ،قال : ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين :أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه ، والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه الخ . قال : وعن أبي يوسف إن كان ذو اليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة ، وإن كان صالحا تندفع الخصومة عنه . رجع إلى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال : قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء ، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ، ومقصوده من من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهما بمثل هذه الحيلة ، قال السرخسي : فان شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لايعرفه لم تندفع الخصومة عنه ، فلعل ذلك الرجل هو الذي حضر ينازعه ، وليس في هذه الشهادة مايوجب دفع الخصومة الخ . قال : وإن قال الشهود : أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فعلى قول محمد لا تندفع الخصومة عنه ، وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة عنه — ذكره في الجامع ثم ذكر حجتهما . فان شئت زيادة فراجعه

(١) قال في المبسوط ص ٨٦ ج ١٩ باب الوكالة في الدين : وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه ، فان القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المديون يقضي الدين بملك نفسه ، وهو إنما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول لا يجبره القاضي

يقول : لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بينة عليه وأقول : أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه

قال : وإذا وكل الرجل رجلا فى شىء ، فان أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : لاتثبت وكالته إلا أن يأتى معه بخصم . وبه نأخذ [(١)] . وكان ابن أبى ليلى يقول : نقبل بينته على الوكالة ونثبتها له وليس معه خصم . وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال : هذا وكيلى فى كل حق لى يخاصم فيه ، قبل ذلك وأثبت وكالته ، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلا وقضى عليه

قال : وإذا وكل رجل رجلا بكل قليل وكثير، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لايجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول : ماصنعت من شىء فهو جائز . وبه نأخذ [(٢)] . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا وكله فى كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان جائزا

على الدفع إليه ولكن يقول له : أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه ، لأنه لم يثبت كونه نائبا عن الطالب فى حق القاضى ، وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه ثابتا عنده ، ولكنا نقول : قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك مكذب لهما ، وكل خبر عند القاضى محمول على الصدق مالم يأت له معارض ، ولكن إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله الخ . وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلفه أنه ماوكلنى ليستحلفه على ذلك فان حلف برىء وإن نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل الخ . ثم ذكر عن الخصاف قال : لايحلف المطلوب على الوكالة فى قول أبى حنيفة ، وفى قولهما يحلف على العلم ، ثم ذكر دليله ودليلهما

(١) وهى فى ص ١٠ ج ١٩ من المبسوط

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهى فى باب الوكالة فى الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال : وإذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس

قال : وإذا وكلت المرأة وكيلا بالخصومة وهى حاضرة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل إلا أن يرضى الخصم . وكان ابن أبى ليلى يقول : نقبل ذلك ونجيزه . وبه نأخذ (١)

باب فى الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالحصص ، وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس لصاحب الوديعة شىء إلا أن يعرف وديعته

بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع إلا فى قول ابن أبى ليلى رحمه الله فانه يقول : ظاهر لفظه يتضمن ذلك ، فانه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله . ولكنا نقول : قد عرفنا يقينا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله ، وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالى

(١) قال فى المبسوط ص٧ ج ١٩ : وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : للمرأة أن توكل بذلك ، بكرا كانت أو ثيبا ، إذا لم يكن مروءة . وفى قوله الآخر وهو قول محمد : الرجل والمرأة سواء فى ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم الخ

(٢) وفى مبسوط السرخسى فى كتاب الوديعة ص ١٢٩ ج ١١ : « وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء » لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس . وكما كانوا أحق بها فى حياة المديون فكذلك بعد موته « وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالحصص ، وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا » وعلى قول ابن أبى ليلى الغرماء أحق بجميع التركة . وأصل المسألة أن الأمين إذا مات مجهلا للأمانة فالأمانة تصير دينا فى تركته عندنا ، لأنه بالتجهيل صار متملكا لها ، فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك الخ

بعينها ، فتكون له خاصة . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : هى دين فى ماله مالم يقل قبل الموت : قد هلكت ، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيل ذهبت فيه ؟ وكذلك كل مال أصله أمانة . وبه نأخذ

قال : وإذا أقر الرجل فى مرضه الذى مات فيه بدين وعليه دين بشهود فى صحته وليس له وفاء ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يبدأ بالدين المعروف الذى فى صحته ، فان فضل عنهم شىء كان للذين أقر لهم فى المرض بالحصص ، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً ، ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين ؟ فكذلك إقراره له . وبه نأخذ [1] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هو مصدق فيما أقر به ، والذى أقر له فى الصحة والمرض سواء

قال : وإذا استدانت المرأة وزوجها غائب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أفرض لها على زوجها نفقة مثلها فى غيبته . ثم رجع عن ذلك فقال : لاشىء لها وهى متطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة [2] . وكان

---

(١) قلت : المسألة فى ص ٢٦ ج ١٨ باب الاقرار فى المرض من المبسوط قال : ولو كان عليه دين فى الصحة وأقر فى مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدما على ما أقر به فى المرض عندنا . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله : ما أقر به فى الصحة والمرض فهو سواء . ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الامام ثم قال « ولو استقرض فى مرضه مالا أو اشترى شيئا وعاين الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود . وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شىء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له فظهر هذا السبب فى حقهم وكان صاحبه مزاحما لهم فى الشركة « ولو لم تكن التركة إلا عين المال الذى أخذه قرضا أو بيعا فهو كذلك » لأن بالقبض تم ملكه فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٨٤ ج ٥ : « وكذلك لو استدانت عليه

ابن أبي ليلى لايفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل . وكذلك بلغنا عن شريح [1] وبهذا نأخذ

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو قصاص . وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يكون قصاصاً إلا أن يتراضيا به . فان كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً فى قولهما جميعاً

قبل قضاء القاضى أو التراضى » لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها ، وإنفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها « فلا ترجع بشىء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة فاستدانت عليه أولم تستدن أخذته بنفقة مامضى » لأن حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصلح عن تراض ، فان ولايته على نفسه فى الالتزام فوق ولاية القاضى فى الالزام . وذكر عن شريح قال : « أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فانما استدانت على نفسها » وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج ، لأن للقاضى عليه ولاية ، فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ، قال « وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا أجيز القرض عليه إذا كان غائبا » لأن القرض عليه إذا كان غائبا إلزام وليس للقاضى ولاية الالزام على الغائب

(١) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » فى النفقات كما ذكر فرق . وأخرجه فى كتاب الحجة على أهل المدينة عن أبى كدينة يحي بن المهلب عن مطرف ابن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال : إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به . ثم قال عامر : أرأيت لو مات على من هو عليها حيا وميتا ؟ وأخرجه عن سفيان الثورى عن معن عن الشعبي قال : قال شريح ليس عليه شىء إلا أن يكون أمرها « يعنى المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب » بدين أو أنفقت من مالها . ص ٣٤٦

(٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده فى المختصر الكافى

قال : وإذا أقر وارث بدين وفى نصيبه وفاء بذلك الدين ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : يستوفى الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه ، لأنه لا ميراث له حتى يقضى الدين . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث ، فان كان هو وأخ له دخل عليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث ، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر ، وإن كانا اثنين جازت شهادتهما فى جميع الميراث فى قولهما جميعاً اذا كانا عدلين ، فان لم يكونا عدلين كان ذلك فى أنصبائهما على مافسرنا من قول أبى حنيفة وابن أبى ليلى

قال : وإذا كتب الرجل بقرض فى ذكر حق ثم أقام بينة أن أصله كان مضاربة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين . واذا أقام الرجل على الرجل البينة بمال فى ذكر حق من شىء جائز فأقام الذى عليه الدين البينة أنه من ربا ، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شىء جائز ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال باقراره أنه ثمن شىء جائز . وبه نأخذ [1] . وكان ابن أبى ليلى يقبل منه البينة على ذلك ويرده إلى رأس المال

(١) وهو قول أصحابنا جميعا . قال السرخسى : واستحسن ابن أبى ليلى فى الفصلين جميعا ، لأنه وجد فى ذلك عرفا ظاهرا بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط ، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة ، ويقرون بثمن المتاع وإن كان أصل المعاملة قرضا والزيادة ربا شرط عليه . فللعرف الظاهر قال : تقبل بينته على ذلك ، ولكن هذا ليس بقوى ، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول

قال : وإذا أقر الرجل بمال فى ذكر حق من بيع [١] ثم قال بعد ذلك : لم أقبض المبيع ولم تشهد عليه بينة بقبضه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المال له لازم ولا ألتفت إلى قوله [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يلزمه شيء من المال حتى يأتى الطالب بالبينة أنه قد قبض المتاع الذى به عليه ذكر الحق . وقال أبو يوسف رحمه الله : أسأل الذى له الحق أبعت هذا ؟ فان قال : نعم . قلت : فأقم البينة على أنك قد وفيته متاعه ، فان قال الطالب : لم أبعه شيئاً لزمه المال

قال : وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا شهادة لهما لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبى ليلى يجيز من ذلك ألف درهم ويقضى بها للطالب . وبه نأخذ [٣] . ولو شهد أحدهما بألف وشهد

قوله مع يمينه لا دليل قبول بينته ، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الاقرار فكذلك لا تقبل بينته

(١) وفى المبسوط بمال فى صك حق من ثمن بيع

(٢) قال السرخسى : فقد بينا هذه المسألة فى كتاب البيوع أن على قول أبى حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل ، وفى قول أبى يوسف الأول إن وصل صدق ، وإن فصل لا يصدق . ثم رجع فقال : إذا فصل يسأل المقر له عن سبب وجوب المال ، فان أقر أنه من ثمن بيع فالقول قول المقر أنى لم أقبض المبيع ، وهو قول محمد

(٣) كذا فى الأصل ولعل الصواب فرض المسألة فى دعوى الألفين ، لأن مسألة دعوى الألف متفق عليها بين الامام وصاحبيه . قال فى البدائع ص ٢٧٨ ج ٦ : إذا ادعى رجل على رجل ألفى درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين والآخر بألف لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا ، وعندهما تقبل على الألف . ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف

الآخر بألف وخمسمائة كانت شهادة الألف جائزة فى قولهما جميعاً . وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول : قد سمى الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر خمسمائة فصارت هذه مفصولة من الألف

قال : وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه فى دين أو شراء أو بيع ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان . وكذلك بلغنا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه [1] . وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبي ليلى

تقبل على الألف بالاجماع . ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال : ولو ادعى ألفا فشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لاتقبل على الألف بالاجماع ، لأن المدعى كذب أحد شاهديه فى بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة فى الباقى فلا تقبل إلا إذا وفق فقال : كان لى عليه ألفان إلا أنه قدقضانى ألفا ولم يعلم به الشاهد فيقبل . وكذا لو ادعى ألفا فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال : كان لى عليه ألف وخمسمائة إلا أنه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل ، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول . وفى المبسوط ص ١٧٥ ج ١٦ : فان كان المدعى يدعى ألفا فقد أكذب الذى شهد على ألف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول : كان أصل حق ألفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف ، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل . قلت : فلعل قوله « وبه نأخذ » أدرجه الناسخ هنا سهوا منه ومحله بعدقوله « لأنهما قد اختلفا » أو زيادته من سهو الناسخ ، والله أعلم

(١) أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه عن على رضى الله عنه ولفظه : « لايجوزعلى شهادة الميت إلا رجلان » وروى ابن أبى شيبةعنالشعبى أنه قال : «لاتجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين »

(٢) ذكرت هذه المسألة فى ضمن الاحتجاج فى ص ١٣٨ ج ١٦ من

يقول : أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد . وكذلك بلغنا عن شريح [١] وإبراهيم

قال : وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وراثا غير هؤلاء جازت الشهادة . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا تجوز شهادتهم إذا قالوا : لا نعلم له وارثاً غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا : لا وارث له غيرهم ، وإذا جاء وارث غيرهم ببينة أدخله معهم فى الميراث . ولم تبطل شهادة الأولين فى قولهما

قال : وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة ، فان أبا حنيفة

المبسوط فى شرح قول الحاكم : « وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا » الخ وهو قوله : « وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع فى تلك الحادثة » الخ . ولم أجد ذكرها مستقلا كما ذكر هاهنا ، والله أعلم

(١) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندى الكوفى ، مخضرم ، ولى لعمر الكوفة فقضى بها ستين سنة . وكان من جلة العلماء وأذكى العالم . روى عن على وابن مسعود ، وعنه الشعبى وأبو وائل . روى له النسائى والبخارى فى الصحيح وفى الأدب . قال الشعبى : كان أعلم الناس بالقضاء . مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة ، وقيل عن ١٢٠ سنة

(٢) وهذه المسألة فى ص ١٥٢ ج ١٦ قال بعد ما ذكر دليل ابن أبى ليلى ولكنا نقول : قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب ، وإليه أشار فى الكتاب فقال : من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضى عليه ، أو قال عنت يحملهم القاضى عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون ، وإن قالوا : لا نعلم له وراثا غيره فهذا يكفى . وعلى قول ابن أبى ليلى لا يكفى لأن هذا

رضى الله عنه كان يقول : يدرأ الحد فى ذلك ، ويقضى بالمال وينظر فى المهر لأنه قد وطىء فإذا لم يقم الحد بالوطء فلا بد من مهر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فانما شهدوا على[1] ضغن فلا شهادة لهم[2] » . وبه نأخذ[3]. وكان ابن أبى ليلى يقول : أقبل شهادتهم وأمضى الحد . فأما السكران فان أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه[4] ، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالى حتى ذهب السكر عنه إلا أنه فى يدى الشرط أو عامل الوالى فانه يحد

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال : أنا أجرحهم وأقيم البينة أنهم استؤجروا وأنهم قوم فساق ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الجرح على مثل هذا . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقبله . فأما غير ذلك من محدود فى قذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان فى هذا الجرح جميعاً . وحفظى عن أبى يوسف أنه قال بعد : يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به

ليس من الشهادة فى شىء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لايعلمون . وكما أنهم لايعلمون ذلك فالقاضى لا يعلم الخ

(١) الضغن : الحقد

(٢) أخرجه الامام محمد فى كتاب الحدود من «الأصل»

(٣) والمسألة متفق عليها عندنا . أفاده السرخسى وقال : قد بينا المسألة فى الحدود

(٤) واحتج له السرخسى فقال لانعدام العلة الموجبة للحد . قال : ولكنا نقول : الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر ، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف فانهما يشترطان بقاء الرائحة لاقامة الحد عليه ، وعند محمد لا يشترط ذلك . وقد بيناه فى الحدود

قال : وإذا شهد الوصى للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة فى دار أو هبة أو شراء ، فان أبا حنيفه رضى الله عنه كان يقول : لايجوز ذلك . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ . وإذا شهد الوصى على غير الميت للوارث الكبير بشىء له خاصة فشهادته جائزة فى قولهما جميعاً

قال : وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل [1] عليه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته . وبه نأخذ [2] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاتجوز شهادته . وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز، لأنهم شركاء فى الوصية الثلث بينهم . وقال أبو يوسف : أصحاب الوصايا والغرماء سواء ، لاتجوز شهادة بعضهم لبعض

قال : واذا شهد الرجل لامرأته ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز شهادته لها . وكذلك بلغنا عن شريح [3] . وبهذا

---

(١) وفى المبسوط لرجل آخر

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم ـ أفاده السرخسى

(٣) قلت أخرجه أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن الهيثم عن عامر عن شريح «أنه كان لايجيز شهادة الرجل لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الشريك لشريكه ، ولا السيد لعبده ، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه ، ولا الأعمى ، ولا المحدود فى قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه فى مسنده ، وأخرجه طلحة ابن محمد من طريق المقرىء عنه وابن خسروا من طريق ابن زياد والكلاعى عن الوهبى عنه . وأخرجه محمد فى آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى ، وليس فى رواية الآثار ذكر السيد ، ولاذكر الأعمى . وأخرجه عبدالرزاق وابن أبى شيبة فى مصنفيهما . قلت : قال فى تخريج الهداية ويقال : إن الخصاف أخرجه باسناده مرفوعا . قلت : وذكره السرخسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا ، وذكر سند حديث خصاف القارى فى شرح المختصر فقال : عن صالح

نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : شهادته لها جائزة

قال : وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمى فذهب بصره ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز شهادته تلك إذا شهد بها [٢] . بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه ردشهادةأعمى شهد عنده [٣] . وكان ابن أبى ليلى يقول : شهادته جائزة . وبه نأخذ ، إذا كان شىء لايحتاج أن يقف عليه

قال : وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات فى مقام واحد عند القاضى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا عندى بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه فى هذا . وبه نأخذ [٤] . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ابن زريق عن مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : «لايجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره »

(١) قلت : وبه أخذ محمد أيضاً وحجتهم فى ص ١٢٣ ج ١٦ من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبى ليلى

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت فى كتاب الشهادة ص ١٣٠ ج ١٦ من مبسوط السرخسى مع خلاف أبى يوسف وحججه وحججهماولم يذكر قول ابن أبى ليلى

(٣) قلت : أخرجه محمد فى شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلى رضى الله عنه فرد شهادته . قال محمد : وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن علياً لم يجز شهادة الأعمى فى سرقة

(٤) قلت : المسألة فى ص ٩١ ج ٩ فى باب الاقرار بالزنا ، وهى متفق عليها بين أصحابنا . واحتج السرخسى لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات

ماعز بن مالك رضى الله عنه أتاه فأقر عنده بالزنا فرده ، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فرده ، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فرده ، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه هل تنكرون من عقله شيئا ؟ قالوا : لا ، فأمر به فرجم [١] . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات فى مقام واحد

قال : وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان لا يرى ذلك شيئا ولا يحده . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده

قال : وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها ، فان أبا حنيفه رضى الله عنه كان يقول : يضرب الحد ويغرم ربع الدية . وبه نأخذ [٣] . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقتله ، فان رجعوا أربعتهم قتلتهم ولا

الحديث الذى ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجعه إن شئت زيادة الاطلاع

(١) أخرجه هو فى خراجه عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة . وأخرجه فى آثاره عن الامام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه والحارثى من طريق أبى يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو والحمانى والمقرىء وعدة من أصحاب الامام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه . وأخرجه أبوداود والنسائى عن أبى هريرة ، ورروياه ، وأحمد فى مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه : كان ماعز بن مالك يتيما فى حجر أبى فأصاب جارية — الحديث

(٢) وهو قول محمد أيضا

(٣) قلت : ذكرت هذه المسألة فى كتاب الحدود ص ١٠٤ ج ٩ من المبسوط مختصرة قال : « وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شىء عليه لبقاء حجة تامة فان رجع آخر غرما ربع الدية لأن الباقى على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس ويحدان جميعا لأنه لم يبق على الشهادة

نغرمهم الدية ، فان رجع ثلاثة فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى على عبد وحلوه ووصفوه وهو فى بلدة أخرى فكتب القاضى شهادتهم على ذلك، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العبد ، لأن الحلية قد توافق الحلية وهو ينتفع بالعبد حتى يأتى به إلى القاضى الذى كتب له ، أرأيت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه ؟ وكان ابن أبى ليلى يقول : يختم فى عنق العبد ويأخذ من الذى جاء بالكتاب كفيلا ثم يبعث به إلى القاضى ، فاذا جاءه العبد والكتاب الثانى دعا الشهود ، فان شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله وقضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتابا إلى القاضى الذى أخذ منه الكفيل حتى يبرىء كفيله . وبه نأخذ

قال : وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضى مكة إلى قاضى مصر فى مصر غير مصره بالشهادة وزكى هناك وكتب بذلك إلى قاضى الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق . وبه نأخذ [1] وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : نرد شهادته ويقبل قولهم .

من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فعليهما الحد » قلت : ولم يذكر باقى المسألة ولا قول ابن أبى ليلى

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . أفاده السرخسى . وقد اختصر المسألة فقال : «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق ، فان شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا . وقال ابن أبى ليلى : تقبل وترد شهادة الشاهد ، لأن فسقه لو صار معلوما للقاضى بخبر المخبر رد شهادته فاذا صار معلوما له بشهادة الشهود أولى ، ولأن الفسق

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لاينبغى للقاضى أن يفعل ذلك ، لأنه قد غاب عن الكوفة سنين فلا يدرى ما أحدث ولعله قد تاب

قال : وإذا شهد الشاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ، لأن الكفر كله ملة واحدة . وبه نأخذ [1] . وكان

مانع من العمل بشهادته الخ . وجه قولنا أن المقصود بهذه الشهادة النفى لاالاثبات والبينات للاثبات لا للنفى ، وبيان الوصف أن المقصود نفى وجوب العمل بشهادته ، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه ، لأن تلك البينة تقوم لاثبات الرق عليه ، ولاثبات فعل القاضى فى إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكما . يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة ، فان الفاسق إذا تاب لايبقى فاسقا ، فالشاهد لايعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبردون الشهادة فكان ، مجازفا فى هذه الشهادة ، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه ، فان ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة ، ولأن الفسق يثبت بأسباب يختلف الناس فى بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضى ليس بفسق ، فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه »

(١) وبه قال محمد . أفاده فى المبسوط كتاب الشهادات ص ١٣٣ ج ١٦ واحتج لهم بحجج كثيرة ، منها « ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين دينا بشهادة أربعة منهم . وعن أبى موسى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض . والسلف مجمعون على هذا ، حتى قال يحيى بن أكثم : تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنى رأيت لربيعة فيه قولين . والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم . وبيان الوصف فى قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » والمراد منه الولاية دون الموالاة ، فانه معطوف على قوله تعالى : « مالكم من ولايتهم من شيء » والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا

ابن أبى ليلى لا يجيز ذلك ويقول : لأنهما ملتان مختلفتان . وكان أبو حنيفة يورث اليهودى من النصرانى والنصرانى من اليهودى ويقول : أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى لا يورث بعضهم من بعض

قال : وإذا شهد الشهود عند قاضى الكوفة على عبد وحلوه ووصفوه أنه لرجل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا أكتب له . وقال ابن أبى ليلى : أكتب له شهادتهم إلى قاضى البلد الذى فيه العبد ، فيجمع القاضى الذى العبد فى بلده بين الذى جاء بالكتاب وبين الذى عنده العبد ، فان كان للذى عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذى جاء بالكتاب مختوما فى عنقه وأخذ منه كفيلا بقيمته ويكتب إلى القاضى بجواب كتابه بذلك ، فيجمع قاضى الكوفة بين البينة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذى جاء به إلى قاضى البلد الذى كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضى عليه القضاء ويبرأ كفيله . وبه نأخذ[1] . قال أبو يوسف : ما لم تجىء تهمة أو أمر يستريبه من الغلام

نكاح إلا بولى، والمسلم إذا خطب إلى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فاذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة . قال : ولأن الكفر ملة واحدة عندنا . قال تعالى : « هذان خصمان اختصموا فى ربهم» وقال : «لكم دينكم ولى دين» فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم ، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم » . قلت : روى ابن ماجه عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض . فهذا حجة على ابن أبى ليلى

(١) وهذه المسألة مكررة ، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز شهادتهما . وبه نأخذ(١) لقول الله عزوجل : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » . وكان ابن أبى ليلى يقول : ذلك جائز (٢)

وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لايرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقيا ، وإلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول : القاضى يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس . وذكر ذلك (٣) أبو حنيفة عن

---

(١) وهو قول محمد أيضا — أفاده السرخسى

(٢) قال الامام السرخسى : وهو قول شريح فانه كان يقول : لاتقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين فى شىء إلا فى الوصية ، ولاتقبل فى الوصية إلا فى حالة السفر . وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى : « اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » يعنى من غير أهل دينكم بدليل ،قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم » ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال : هذه الآية منسوخة نسخها قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى : « أو آخران من غيركم » أو من غير قبيلتكم ، وهذا لأن العداوة بين القبائل فى الجاهلية كانت ظاهرة ، فبين الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الاسلام ، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة . ألا ترى أن الله تعالى قال : « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » ؟ وذلك إنما يكون فى حق المسلمين الذين يصلون ، وقد صح الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاتقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها » الخ

(٣) قلت : أخرجه الامام محمد فى آثاره عنه عن الهيثم عمن حدثه عن شريح . وروى ابن أبى شيبة من طريق أبى حصين : كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد

القاسم (١) عن شريح . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطا . قال أبو يوسف : أعزره ولا أبلغ به أربعين سوطا ، ويطاف به . وقال أبو يوسف : بعد ذلك : أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً (٢)

قومه أو سوقه ويقول : إنا قد زيفنا شهادة هذا . وروى عبد الرزاق عن الثورى عن الجعد بن ذكوان : أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس . قلت : أخرج البيهقى عن على بن الحسين قال : «كان على إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال : إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خلى سبيله»

(١) كذا فى الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين ، ولأن محمدا رواه عنه عن الهيثم أوهو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلى أبو عبد الرحمن قاضى الكوفة ، وهو يروى عن أبيه وجابر بن سمرة ، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق . روى له الأربعة والبخارى . مات سنة ١١٠

(٢) قال السرخسى فى شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦ : وقال أبو يوسف ومحمد : يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا . وقال أبو يوسف بعد ذلك : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا . فهما استدلا بحديث عمر رضى الله عنه حيث قال فى شاهد الزور : يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف به ، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه ، فان ذلك مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، فبقى حكم التعزير الخ . وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فانه كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهما فما اشتهر من قضاياه كالمروى عنهما . ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك فى حقهم . فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة ، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته ، فلهذا

قال : وإذا اختلف الشاهدان فى الموطن الذى شهدا فيه (١) فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نعزرهما ، ويقول : لأنى لا أدرى أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل ؟ فان كانا شهدا على إقرار فانه كان يقول : لا أدرى لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا فى الإقرار. وبه نأخذ(٢) . وكان ابن أبى ليلى يرد الشاهدين وربما ضربهما وعاقبهما . وكذلك لو خالف المدعى الشاهدين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه فشهدا بأكثر مما ادعى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لانضربهما ونتهم المدعى عليهما (٣) . وكان ابن أبى ليلى ربما عزرهما وضربهما وربما لم يفعل

قال : وإذا لم يطعن الخصم فى الشاهد ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يسأل القاضى عن الشاهد . وكان ابن أبى ليلى يقول : يسأل عنه .

لا يعزر ويكتفى بالتشهير . ثم فى التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته ، لأن بالشهادة لايحصل له سوى ماء الوجه ، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به ، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الامام أنه لا ينزجر إلا به ، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه ؟ فكذلك التعزير

(١) وفى المبسوط : « وإذا اختلف الشاهدان فى المواطن التى شهدا فيها على عمل أو غصب لم تقبل شهادتهما ولا يعزران على ذلك عندنا » الخ

(٢) استدل لهم فى المبسوط فقال : « ولكنا نقول : لاندرى أيهما الكاذب منهما فضرب كل واحد منهما عبث ولا بد من تقرر السبب فى حقه حتى يجوز الاقدام على ضربه وذلك لايوجد فى حق كل واحد منهما »

(٣) واحتج لهم السرخسى فقال : « ولكنا نقول : لعل المدعى هو الغالط والكاذب والشهود صادقون فى شهادتهم وبدون السبب لاتجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعى إياهم »

وبهذا نأخذ [١] . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض [٣]

باب فى الأيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لانرى عليه يمينا مع شهوده . ومن حجته فى ذلك أنه قال : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى [٤] » فلا نجعل على المدعى ما لم يجعل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا تحول اليمين عن

---

(١) قال فى المبسوط : وهو قول أبى يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فانه ممنوع شرعا من القضاء بشهادة الفاسق . وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : العدالة ثابتة بظاهر الاسلام كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون عدول بعضهم على بعض » فيعتمد القاضى هذا الظاهر مالم يطعن الخصم فاذا طعن اشتغل بالسؤال ، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لايكذب أيضا فانه مسلم . وقد بينا هذه المسألة بفصولها فى : «أدب القاضى»

(٢) وهو قول محمد أيضاً — أفاده السرخسى بقوله : « عندنا »

(٣) زاد السرخسى بعده : فى الجراحات وتمزيق الثياب التى تكون بينهم فى الملاعب مالم يتفرقوا ، فان كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم . ثم قال : ولكنا نقول : المعنى الذى لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية ، فان الصبى ليس من أهل الولاية على أحد . وهذا المعنى موجود فى شهادة بعضهم على بعض ، والضرورة التى اعتادوها لا تتحقق فانا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك

(٤) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبى يوسف عن الامام عن عمرو بن

عن الموضع الذى وضعها عليه النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ (١) .
وكان ابن أبي ليلى يقول : على المدعى اليمين مع شهوده ، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه ، فان قال المدعى عليه : أنا أرد اليمين عليه فانه لايرد اليمين عليه (٢) إلا أن يتهمه فيرد اليمين عليه إذا كان كذلك ، وهذا فى الدين

قال : وإذا ورث الرجل ميراثا داراً أو أرضاً أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستحلف الذى ذلك فى يديه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين على علمه أنه لايعلم لهذا فيه حقا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضاً . وإنما جعل أبو حنيفة رضى الله عنه على هذا اليمين على علمه ، لأن الميراث لزمه ، إن شاء وإن أبى ، والبيع

شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا أنكر ». وأخرجه ابن خسرو من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا أنكر » . وأخرجه الحارثى عن أبي يوسف عن الامام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه : « المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة » وحديث ابن عباس متفق عليه . وأخرجه البيهقى بألفاظ مختلفة

(١) وبه أخذ محمد أيضا — أفاده السرخسى

(٢) وعندنا لايرد اليمين عليه ، لأن اليمين لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات مالم يكن ، وحاجة المدعى إلى إثبات مالم يكن ثابتا واليمين لايصلح حجة فى ذلك ، ثم هو مخالف للنص ، فان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعى : « ليس لك إلا هذا : شاهداك أو يمينه » فهو تنصيص على أنه لا يمين فى جانب المدعي — السرخسى فى المبسوط

لا يلزمه إلا بقبول ، وإذا كان الشيء لايلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل البيع والهبة والصدقة ، فاليمين فى ذلك ألبتة . والميراث لو قال : لا أقبله كان قوله ذلك باطلا وكان الميراث له لازما فلذلك كانت اليمين على علمه فى الميراث . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : اليمين عليه على علمه فى جميع ماذكرت لك من بيع وغير ذلك

قال : وإذا استحلف المدعى المدعى عليه على دعواه فحلفه القاضى على ذلك ثم أتى بالبينة بعد ذلك على تلك الدعوى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقبل منه ذلك ، لأنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وشريح

---

(١) وفى المبسوط ص ١٧٣ ج ١٧ : « ولو أن رجلا ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب » هنا بالاتفاق . أما عند أبى حنيفة فلا يشكل ، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح لا يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم مقام الاقرار ، والأخوة لاتثبت باقراره لو أقربها فكذلك لايستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة « ولكنه يستحلف بالله العظيم مايعلم له فى هذه الدار نصيبا » كما يدعى المال والاستحلاف يجرى فى المال إلا أنه استحلاف على فعل الغير ، لأنه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات . قال فى الهداية قال « ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه » لأنه لاعلم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات « وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات » لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة . قال فى العناية : « والضابطة فى ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه : لا علم لى بذلك . وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات ، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات »

أنهما كانا يقولان : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة [١] . وبهذا نأخذ [٢] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل منه البينة بعد اليمين وبعد فصل القضاء

باب الوصايا

قال أبو يوسف : وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة بستان أو أرض ، وذلك ثلثه أو أقل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبه نأخذ [٣] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز ذلك ، والوقت فى ذلك وغير الوقت فى قول ابن أبي ليلى سواء

---

(١) قال البيهقى فى سننه باب البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح ، ثم روى عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال : « من ادعى قضائى فهو عليه حتى يأتى بالبينة ، الحق أحق من قضائى ، الحق أحق من يمين فاجرة »

(٢) وبه قال محمد . والمسألة فى ص ١١٩ ج ١٦ من المبسوط قال : وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم ، وكانوا يقولون : كما يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المنكر بعده . فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت إلى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضى الله عنه حيث قال : « اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولسنا نقول : بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق فى إنكاره لكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها

(٣) وهو قول الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى والمسألة فى باب الوصية بالغلة ص ١٨١ ج ٢٧ من المبسوط . واحتج لابن أبي ليلى فقال : « لأن الموصى يملك له بايجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له . والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته

قال : وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاتجوز عليهم تلك الوصية ، ولهم أن يردوها ، لأنهم أجازوا وهم لايملكون الإجازة ولا يملكون المال . وكذلك بلغنا عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه [١] وشريح . وبهذا نأخذ [٢] . وكان ابن أبي ليلى

ليست بمملوكة له ، وبايجابه لايتناول المنفعة والغلة التى تحدث فى حال حياته . فيبطل وصيته بها . قال : ولكنا نقول : المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل فى حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضا ، وهذا لأن الموصى تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه ، فاذا ثبت هذا فى المنفعة فكذلك فى الغلة ، لأنها بدل المنفعة ، والوصية بخلاف الميراث فالارث لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة ، لأن الوراثة خلافة . وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لايتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لاتبقى وقتين . فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة فيما أبقى

(١) أخرجه الامام محمد فى آثاره عن الامام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد : وبه نأخذ ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشىء ، فان أجازوه بعد الموت وهى لوارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز ، وليس لهم أن يرجعوه ، وهو قول أبى حنيفة . وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه . وأخرجه الحسن بن زياد فى مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال فى الرجل يوصى بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة فى حياة الموصى فاذا مات الموصى أبوا أن يجيزوا فان لهم ذلك . وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه . وأخرجه محمد فى وصايا « الأصل » عن إبراهيم قوله . وأما قول شريح فلم أجده

(٢) وبه أخذ الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى فى مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال : لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى ليتدارك به مافرط فى حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الاضرار

يقول : إجازتهم جائزة عليهم لايستطيعون أن يرجعوا إلى شىء منها . ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة فى هذا الموضع فى قولهما جميعاً

قال : وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الثلث بينهما نصفان لايضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال . وكان ابن أبى ليلى يقول : الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد . وبه نأخذ (١)

باب المواريث

قال أبو يوسف رضى الله عنه : واذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المال كله للجد وهو بمنزلة الأب فى كل ميراث . وكذلك بلغنا عن أبى بكر الصديق وعن

بورثته باسقاط حقهم به وإيثار الأجنبى على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الاجازة ولا معتبر باجازته فى حياة الموصى عندنا . وقال ابن أبى ليلى : تصح إجازته فى حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته ، لأنه سقط حقه بالاجازة الخ . قال « ولكنا نقول : إسقاط الحق قبل وجود السبب لايجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت مايتصل به الموت فقبل اتصال الموت لايكون سببا ، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرر السبب الخ وأطال الاحتجاج عليه

(١) وبه قال محمد . والمسألة فى كتاب الوصايا ص ١٤٨ ج ٢٧ من المبسوط. وكذلك فى ص ١٦٨ واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة ، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم أنهم كانوا يقولون : الجد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب [١] . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الجد بقول على بن أبي طالب رضى الله عنه : للأخ النصف وللجد النصف . وكذلك قال زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فى هذه المنزلة [٢]

قال : وإذا أقرت الأخت ، وهى لأب وأم وقد ورث معها العصبة بأخ لأب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نعطيه نصف مافى يدها ، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان فى يدها منه فهو بينهما نصفان.

---

(١) قلت : أما قول أبي بكر فأخرجه الامام محمد فى كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبي موسى الأشعرى عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلا . وأخرجه البخارى عن عكرمة عن ابن عباس عنه ، والبيهقى رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه . ورواه عن أبي سعيد الخدرى وعن عثمان عنه . وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد فى الحجة والبيهقى فى سننه والبخارى ذكره تعليقا . وأما ابن الزبير فروى البيهقى من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال : أما الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو اتخذ أحدا خليلا لاتخذته» فانه أنزله أبا ، يعنى أبا بكر رضى الله عنه اه فأفتى بقول أبي بكر رضى الله عنه . وأما قول أم المؤمنين فلم أجده . قلت : وزاد السرخسى فقال : وهو قول أبي موسى وأبي وعمران بن حصين وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين . وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة

(٢) قول على وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقى . وروى مثله عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وروى البيهقى عن عثمان وعلى رضى الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضا . وكذلك اختلف على ابن مسعود . قلت : وبقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضا فى مقاسمة الجد

وبه نأخذ . وكان ابن أبي‌ليلى يقول : لا نعطيه مما فى يدها شيئاً لأنهاأقرت بما فى يدى العصبة ، وهو سواء فى‌الورثة كلهم ماقالا (١) جميعاً

قال : وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة . وكان ابن أبي ليلى يقول : أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها . وبه نأخذ (٢)

قال : وإذا كان للرجل عبدان ولدا فى ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر فى صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك ، فان أبا حنيفةرضى الله عنه كان يقول : لايثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته ، وكذلك أمهاتهما . وبه نأخذ (٣) . وكان

---

(١) كذا فى الأصل ولم أجد المسألة بعينها فى المبسوط . ونظائرها كثيرة فى الوصية والفرائض

(٢) قال السرخسى : وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وقد تقدم بيان المسألة فى كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة فى إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل ، وعند انعدام هذه المعانى لايثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لاثبات النسب بدون هذه الشروط . وقول ابن أبي ليلى كقولهما

(٣) وبه قال الامام محمد — أفاده السرخسى ، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لايصح إيجابه فى المجهول كالنكاح والبيع ، وهذا لأن الايجاب فى المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان ، والنسب لايحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن

ابن أبي ليلى يقول : يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته ، وكذلك أمهاتهما

قال : وإذا كانت الدار فى يدى رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذى هى فى يديه منكر لذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقضى بشهادتهم حتى يشهدوا أن الجد تركها ميراثا لأبيه ولأبى صاحبه لا يعلمون له وارثا غيرهما ثم توفى أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثا لهذا لا يعلمون له وارثا غيره [1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : أقضى له بشهادتهم وأسكنه فى الدار مع الذى هى فى يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على المواريث ، كما وصفت لك فى قول أبى حنيفة . ولا يقولان : لا نعلم فى قول ابن أبى ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف : أسكنه ولا يقتسمان

قال : وإذا توفى الرجل وترك امرأته وترك فى بيته متاعا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يحدث عن حماد عن إبراهيم [2] أنه قال : ما كان للرجال

لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبراً فى حق العتق ، بمنزله مالو أقر لمن هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقبل إقراره ، وإن لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبراً فى حق العتق الخ — مبسوط ص ١٥٥ ج ٣٠

(١) وبه قال الامام محمد . والمسألة فى المبسوط فى كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف : أقضى بها للجد وأضعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد . وهو قول ابن أبى ليلى . وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبى يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه ، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما فى إثبات ملك الجد فلا يقضى القاضى بشىء إلا أن يجروا الميراث

(٢) وأخرجه الامام محمد فى الآثار

من المتاع فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما ، المرأة كانت أو الرجل ، وكذلك الزوج إذا طلق والباقى الزوج فى الطلاق . وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما . ثم قال بعد ذلك : لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها فى ذلك كله ، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع ، أو تكون رهونا عند رجل . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا مات الرجل أو طلق ، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بينة على دعواه[1] . ولو طلقها فى دارها كان أمرهما على ما وصفت فى قولهما جميعاً .

---

(١) قال الامام السرخسى فى ج ٥ ص٢١٣ باب متاع البيت من المبسوط : وقال محمد رحمه الله : ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا . وقال أبو يوسف رحمه الله : تعطى المرأة جهاز مثلها والباقى للرجل أستحسن ذلك . وقال ابن أبى ليلى : ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة . وعلى قول ابن شبرمة : المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها . وقال زفر : المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما ، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعى . وفى قول آخر المشكل بينهما نصفان ، وعلى قول الحسن البصرى إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له ، لأن صاحب البيت على ما فى البيت أقوى وأظهر من يد غيره ، ولأن المرأة ساكنة البيت ، ألا ترى أنها تسمى قعيدة ؟ فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه فى يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذى اليد ، ومن يقول : المتاع كله للزوج قال لأن المرأة فى يد الزوج فما فى بيتها يكون فى يد الزوج أيضا ، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه الخ . وأبو حنيفة يقول : ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان فى ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا

قال : وإذا أسلم الرجل على يدى الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ميراثه له . بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن ابن مسعود رضى الله عنه . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى

فى دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل فى الطلاق لأنه صاحب البيت فقد كانت هى مع المتاع فى يده الخ

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبى شيبة والدارمى وأبو يعلى والدارقطنى والطبرانى كلهم من حديث تميم الدارى من رواية عبد الله ابن موهب ويقال ابن وهب عنه ، ومنهم من أدخل بينهما قبيصة : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال : « هو أحق به محياه ومماته » وفى لفظ أبى داود قال : يارسول الله ماالسنة فى الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين ؟ قال : « هو أولى الناس بمحياه ومماته » وفى رواية الحاكم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكره البخارى فى صحيحه فقال : ويذكر عن تميم رفعه : « وهو أولى الناس بمحياه ومماته » واختلفوا فى صحة هذا الخبر . وأخرجه ابن عدى من وجهين ضعيفين والطبرانى والدارقطنى من أحدهما ولفظه « من أسلم على يديه رجل فولاؤه له » . وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن رجلا أسلم على يدى وله مال وقد مات ، قال صلى الله عليه وسلم « فلك ميراثه » ومن طريقه أخرجه الطبرانى وفى إسناده رجل مجهول — من تخريج أحاديث الهداية باختصار

(٢) وهوقول الامام محمد أيضا قال السرخسى فى فصل ولاء الموالاة ص٤٣ ج ٣٠ من المبسوط : وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم

لايورثه شيئا . حدثنى مطرف [١] عن الشعبى [٢] أنه قال : «لاولاء إلالذى نعمة» . حدثنا الليث بن أبى سليم [٣] عن أبى الأشعث الصنعانى [٤] عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أنه سئل عن الرجل يسلم على يدى الرجل فيموت ويترك مالا فهوله وإن أبى فلبيت المال [٥] . حدثنا أبو حنيفة عن إبراهيم

---

(١) هومطرف بن طريف أبو بكر الكوفى الحارثى ، وقيل : الجارفى . روى عن عبد الرحمن بن أبى ليلى والشعبى وجماعة . وعنه السفيانان وابن فضيل وطائفة . روى له الستة . وثقه أبوحاتم . مات سنة ١٤٣

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحميرى الشعبى الكوفى الامام العلم . ولد لست سنين خلت من خلافة عمر . روى عنه وعن ابن مسعود مرسلا وعن على وأبى هريرة وعائشة وجرير وابن عباس وخلق . أدرك خمسمائة من الصحابة . روى عنه ابن سيرين والاعمش وشعبة وخلق . قال أبو مجلز : مارأيت فيهم أفقه من الشعبى . وقال العجلى : مرسل الشعبى صحيح . مات سنة ١٠٤ ، وقيل غير ذلك . قلت : روى له الستة

(٣) هو ليث بن أبى سليم القرشى الكوفى أحد العلماء والنساك . روى عن عكرمة وغيره ، وعنه معمر وشعبة والثورى . روى له الأربعة ، ومسلم مقرونا والبخارى تعليقا . مات سنة ١٤٣

(٤) هو شراحيل بن آدة ـ بمد الهمز وتخفيف الدال ـ أبو الاشعث الصنعانى صنعاء دمشق . وقيل : اليمن . روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفى وأبى هريرة والنعمان بن بشير وعبدالله بن عمرو وأبى ثعلبة الخشنى ، وعنه أبو قلابة الجرمى وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المكى وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذمارى وغيرهم . وثقه ابن حبان والعجلى . ذكره ابن سعد فى الطبقة الثانية من أهل اليمن . وكان ينزل دمشق . شهدفتح دمشق مات زمن معاوية . قلت : روى له الخمسة والبخارى فى الأدب

(٥) قلت : أخرج ابن أبى شيبة من طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال :

ابن محمد (١) عن أبيه عن مسروق (٢) أن رجلا من أهل الأرض والى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود رضي الله عنه عن ذلك فقال : ماله له (٣)

باب فى الأوصياء

قال أبو يوسف : ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : هذا الآخر وصى

إن رجلا أسلم على يدى فمات وترك ألفا فتحرجت منها ، قال : أرأيت لو جنى جناية على من تكون ؟ قال على . قال فميراثه لك

(١) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الاجدع الهمدانى الكوفى . روى عن أبيه وقيس بن مسلم ، وعنه شعبة والسفيانان . وثقه أحمد وأبو حاتم . وقال جعفر الأحمر : كان أفضل من رأينا بالكوفة . قلت : روى له الستة . وأما أبوه محمد بن المنتشر ابن أخى مسروق فروى عن عمه مسروق ، وعنه عبدالملك بن عمير. ووثقه أحمد . قلت : روى له الستة

(٢) هو مسروق بن الأجدع الهمدانى أبو عائشة الكوفى ، الامام ،القدوة . روى عن أبي بكر وعمر وعلى ومعاذ وابن مسعود وطائفة . وعنه زوجته قمير وأبو وائل والشعبي ، وأرسل عنه مكحول . قال أبو إسحاق : حج مسروق فما نام إلا ساجداً على وجهه . قال ابن المدينى : صلى خلف أبي بكر . سمى مسروقا لأنه سرقه إنسان فى صغره ثم وجد . وغير عمر اسم أبيه إلى عبدالرحمن فأثبت فى الديوان مسروق بن عبد الرحمن . مات سنة ٦٣ . قلت : روى له الستة

(٣) قلت : أخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلا من أهل الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه . وأخرجه محمد أيضاً فى آثاره وقال : أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم ـ الحديث

الرجلين جميعاً . وبهذا نأخذ[١] . وكذلك بلغنا عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً . وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : لايكون وصيا للأول إلا أن يقول الثانى قد أوصيت إليك فى كل شىء أو يذكر وصية الآخر

قال : ولو أن وصياً لأيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز عليهم ولهم . بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعى[٢] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاتجوز عليهم والوصى ضامن لذلك[٣] . وقال ابن أبي ليلى أيضاً : على اليتامى الزكاة فى أموالهم فان أداها

---

(١) وبه قال محمد — أفاده فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٢ — ٢٣ ج ٢٨ قال : فأما ابن أبي ليلى فيقول : هو بمطلق الايصاء يجعل الوصى خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التى فرط فيها . وهذا مقصور على تركته فأما التصرف فى تركة الموصى فليس من حوائجه فى شىء فلا يملك الوصى ذلك إلا بالتنصيص عليه . ولكنا نقول : بعد قبوله الوصية وموت الموصى صار التصرف فى تركة الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف فى تركة نفسه : يوضحه أنه جعل الثانى خلفاً عنه قائما مقامه فى كل مكان يملكه بنفسه مما يقبل النقل إلى الغير بعد موته ، وقد كان ملك التصرف فى التركتين جميعاً فى حال حياته فيخلفه الوصى الثانى فيهما جميعاً بمطلق الايصاء . وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الايصاء إلى الثانى فحينئذ يعمل تخصيصه ، لأنه نظر لنفسه فى هذا التخصيص وهو أنه لايتحمل وبال التصرف فى ملك الغير حياً وميتاً

(٢) وأخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عنه قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) قال فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصى جعله قائما

الوصي عنهم فهو ضامن [١] . وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه ؟ وبهذا نأخذ

قال : ولو أن وصي ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوص بشيء باع عقاراً من عقار الميت ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول في ذلك : بيعه جائز على الصغار والكبار . وكان ابن أبي ليلى يقول : يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه . وقال أبو يوسف

مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظا عنده ، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل ، ولكنا نقول : هو قائم مقام الموصي في ولايته في مال الولد وقد كان للموصي أن يفعل هذا كله في ماله فكذلك الوصي ، وهذا لأن المأمور به ما يكون أصلح لليتيم وأحسن . قال الله تعالى : «ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير» وقد يكون الأحسن في تفويض التصرف في ماله الى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلة هدايته

(١) وفي كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢ : «وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول : يحصي الولي أعوام اليتيم فاذا بلغ أخبره ، وهو إشارة إلى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء ، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله . قال : إذا أداه الولي من ماله ضمن . قال : ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى ينتبه ، وعن المجنون حتى يفيق» . وفي إيجاب الزكاة عليه إجراء القلم عليه ، فان الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه توجه الخطاب عليه . والمراد بقوله : «كي لا تأكلها الصدقة» : أي النفقة ، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال ، والنفقة هي التي تأتي على جميع المال دون الزكاة . والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات» الخ . قلت : وعدم الوجوب عليه قول علي وابن عباس . وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم

رحمه الله : بيعه على الصغار جائز فى كل شىء كان منه بد أولم يكن ، ولا يجوز على الكبار فى شىء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشىء يباع فيه أو يكون عليه دين (١)

باب فى الشركة والعتق وغيره

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليست هذه بمفاوضة . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان

قال : ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، كان الخيار للآخر فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، فان شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه ، وإن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته فيكون الولاء بينهما ، وإن

---

(١) وقول محمد مع أبى يوسف . قال فى المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤ : وأبو حنيفة استحسن فقال : لما ثبتت له الولاية فى بيع البعض ثبتت فى الكل ، لأن الولاية بسبب الوصاية لاتحتمل التجزى ، وهذا لأن فى بيع البعض إضرارا بالصغير والكبير جميعاً ، لأنه يثبت به نصيب الكبير والاشقاص لا يشترى بما لا يشترى به الجل فكان فى بيع الكل توفر المنفعة عليهم ، وللوصى ولاية فى نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه ، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له ؟

(٢) قلت : وبه قال محمد . أفاده فى المبسوط وزاد : ولكنها عنان قال فبيننا وبينه اتفاق أن من شرط المفاوضة المساواة فى رأس المال وقلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكأنهما باشرا شركة العنان ولقباها بلقب فاسد الخ

شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله ، وهو عبد مابقى عليه من السعاية شيء . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء ، ولا يخير صاحبه فى أن يعتق العبد أو يستسعيه . ولو كان الذى أعتق العبد معسراً كان الخيار فى قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما ، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذى لم يعتق فى نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذى أعتقه والولاء كله للذى أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئا . وكان يقول : إذا أعتق شقصاً فى مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبعض العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً . وبه نأخذ (١) .

---

(١) وهو قول الامام محمد أيضا . والمسألة فى باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ج ٧ واحتج لهما السرخسى فقال : لقوله عليه الصلاة والسلام : «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك» . وفى الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضا رضى الله عنه . والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لايتجزى ابتداء وبقاء . فاسقاطه بالعتق لايتجزى أيضا كما أن الحل لما كان لايتجزى ابتداء وبقاء فابطاله بالطلاق لايتجزى الخ . قال : واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «من أعتق شقصا له فى عبد فان كان موسرا فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ماعتق ورق مارق» . وقال على رضى الله عنه : « يعتق الرجل من عبده ماشاء » ، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم : «فهو حر كله » سيصير حراً كله باخراج الباقى إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانا أنه لايستدام الرق فيما بقى منه وهو مذهبنا ، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ فى المحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو

أرأيت ما أعتق منه أيكون رقيقاً ؟ فان كان ما أعتق منه يكون رقيقاً فقد عتق ، فكيف يجتمع فى معتق واحد عتق ورق ؟ ألا ترى أنه لا يجتمع فى امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للزوج على حالها ؟ وكذلك الرقيق . وبهذا نأخذ إلا خصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذى أعتقه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يعتق بعضه وبعضه رقيق . وهذا كله بمنزلة العبد مادام منه شىء رقيق أو يسعى فى قيمته ، أرأيت لو أن الشريك قال : نصيب شريكى منه حر وأما نصيبى فلا ، هل كان يعتق منه مالا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه مالا يملك ، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل ؟

قال : ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأنكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدى المكاتب شيئا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المكاتبة باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها منفعة تصل إليه وليس

مالك للمالية دون الرق ، فالرق اسم لضعف ثابت فى أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق فى المحل كما لا يكون حيا إلا باعتبار صفة الحياة فى المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فاذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شىء منه باعتاق البعض عند أبى حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا فى حكم واحد ، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد فى الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ . وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد فى الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ ، وإنما يسمى فعله إعتاقا مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الاسقاط يعقبه العتق الذى هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملاقيا للرق الخ

ذلك له دون صاحبه . وبه نأخذ [1] . وكان ابن أبي ليلى يقول : المكاتبة جائزة وليس للشريك أن يردها . ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلا فى قول ابن أبي ليلى [2] حتى ينظر ما يصنع فى المكاتبة ، فان أداها إلى صاحبها عتق وكان الذى كاتب ضامنا لنصف القيمة والولاء كله له . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : عتق ذلك جائز ويخير المكاتب ، فان شاء ألغى الكتابة وعجز عنها ، وإن شاء سعى فيها ، فان عجز عنها كان الشريك الذى كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذى أعتق إن كان موسراً ، وإن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته ، وإن شاء أعتق العبد ، فان ضمن الذى أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن

---

(١) وبه أخذ الامام محمد أيضاً أفاده السرخسى قال : لأن فى إبقاء هذا العقد ضررا على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف فى نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة ، ومن تصرف فى ملكه تصرفا يلحق الضرر بغيره فان ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه ، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذ الشقص بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ؟ وهذا العقد يحتمل الفسخ ، فقلنا : يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه ، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجما أو نجمين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه ، وبه فارق حقيقة العتق فانه غير محتمل للفسخ فدفع الضرر يكون بالتضمين هناك ، وبه فارق البيع لأنه لاضرر على الشريك فى إبقاء البيع فى نصيب الشريك

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لاتجزأ عنده فاذا أدى البدل عتق الكل من جهته فصار ضامنا نصف قيمته لشريكه . وعند أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يصر مستحقا نصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك فى نصيبه ويسعى المكاتب فى بدل الكتابة ، وإن شاء فى نصف قيمته للشريك الآخر ، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزىء — السرخسى

قال : ولو أن مملوكا بين اثنين دبره أحدهما ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق . وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول : له أن يبيع حصته

وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثا ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : هو له خاصة . وبهذا نأخذ (٢) . قال : وتنتقض المفاوضة إذا قبض ذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو بينهما نصفان

قال : وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر ألبتة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الذى دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان . وكان ابن أبي ليلى يقول : التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً ، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق

---

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسى . قال : وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمتنع على الشريك أيضاً بيع نصيبه اعتبارا لحق العتق بحقيقة العتق الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً . أفاده السرخسى ، لأنا نقول : عقد المفاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلا لصاحبه فى ذلك التصرف وهذا فى الارث لا يتحقق ، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فان الوراثة خلافة فبقى للوارث الملك الذى كان ثابتا للمورث . وسبب هذه الخلافة لم يوجد فى حق الشريك . ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما فى الموهوب والموروث لبطلت فى نفسها ، لأنها تصير فى معنى القمار والمخاطرة وذلك باطل شرعا

والولاء كله للمعتق (١) . وقال أبو يوسف : إذادبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته ، وعتق الآخر باطل لايجوز فيه (٢)

باب فى المكاتب

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : المكاتب له المال وإن لم يشترط

قال : وإذا قال المكاتب : قد عجزت وكسر مكاتبته ورده مولاه فى الرق ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبهذا نأخذ . وقد بلغنا

---

(١) هذه المسألة متقدمة فى المبسوط على مسألة الشركة التى قبلها. قال السرخسى: ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاد . وقد قررنا هذا فى العتق ، كما أنه إذا نفذ الاستيلاد من أحدهما فى نصيبه لم يبطل ذلك باعتاق الآخر فكذلك إذا نفذ التدبير . وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقاً له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه

(٢) قلت : وهو قول محمد رحمه الله ، وذلك لأن التدبير عندهما لايتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً لأنه صار متملكا على شريكه نصيبه وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار

(٣) وبه قال محمد .أفاده السرخسى ، لأنا نقول: ماا كتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى فى يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إنما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإنما أضيف العقد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما فى البيع ونحن نسلم أنه بعقد

عن عبدالله بن عمر أنه رد مكاتبا له حين عجز وكسر مكاتبته [١] عند غير قاض . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لايجوز ذلك إلا عند قاض . وكذلك لوأتى القاضي فقال : قد عجزت ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يرده . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أرده حتى يجتمع عليه نجمان [٢] قد حلا عليه فى يوم خاصم إليه . ثم قال أبو يوسف بعد : لاأرده حتى أنظر فان كان نجمه قريبا وكان يرجى لم يعجل عليه

قال : وإذا تزوج المكاتب [٣] أووهب هبة أوأعتق عبداً أو كفل بكفالة أو كفل عنه رجل لمولاه بالذى عليه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل لا يجوز. وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : نكاحه وكفالته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز . وأما عتقه وهبته فهو موقوف ، فان عتق أمضى ذلك ، وإن رجع مملوكا فذلك كله مردود [٤] .

الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لمنافعه لا لماله وبعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا — السرخسى

(١) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان البجلى عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما له على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده فى الرق

(٢) قال السرخسى : وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لايرد إلى الرق حتى يجتمع عليه نجمان

(٣) قال السرخسى : وعندنا لايملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال ، وبطلان كفالته عنده ليس بطريق أنه يتبرع ولكن بطريق انعدام المحلية ، لأن الكفالة التزام المال فى الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل ، وقيام الرق فيه يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام المال فى ذمته عنده فلهذا قال : لاتنفذ كفالته بعدما عتق

(٤) قال السرخسى : فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق ، لأن نفوذ

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه ؟ أرأيت رجلا كفل لرجل عن عبده كفالة أليست باطلا ؟ فكذلك مكاتبه . وبهذا نأخذ . وبلغنا عن إبراهيم أنه قال : لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبة عبده ، لأنه عبده وإنما كفل له بماله (١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا كان له مال حاضر فقال : أؤديه اليوم أو غدا ، فانه كان يقول : يؤجله ثلاثة أيام

باب فى الأيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا قال الرجل لعبده : إن بعتك فأنت

هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينافى الأهلية لذلك . وأما كفالته فلا تكون صحيحة مالم يعتق فاذا عتق نفذ ، بمنزلة كفالة العبد فان ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب فى ذمة الرقيق إلا شاغلا مالية رقبته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لاقى محلا هو حقه كان صحيحا فى حقه ، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى . قلنا : ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق . ولو كفل إنسان عنه ببدل الكتابة لمولاه لم يجز عندنا لأن الكفالة تستدعى دينا صحيحا وقيام الرق يمنع وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه ، لأنه التزام للمطالبة والمطالبة ببدل الكتابة لا تقوى فى حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه

(١) أخرجه أبو يوسف فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بمال عن مكاتبه أن ذلك باطل ، وكيف يجوز وإنما كفل بماله عن عبده ؟ وأخرجه عنه فى مقام آخر ولفظه : الكفالة عن المكاتب ليست بشىء لأنه كفل له بماله . وأخرجه محمد أيضا فى آثاره عنه أنه قال فى الكفالة فى المكاتبة ليست بشىء إنما هو مالك كفل لك به ، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب فى الرق ولم يكن لك ما أخذت ، لأن ما أخذت منهم فهو ملك لهم وفى رقبة عبدك . قال محمد : وبه نأخذ ، إذا كفل الرجل الرجل بالمكاتبة عن مكاتبته فالكفالة باطلة ، وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه

حر ثم باعه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يعتق ، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ماخرج من ملكه وصار لغيره . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن على المشترى ، لأنه حلف يوم حلف وهو فى ملكه [1] . وكذلك لو قال البائع : إن كلمت فلانا فأنت حر فباعه ثم كلم فلانا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يعتق ، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الحالف ؟ أرأيت لو أعتقه المشترى أيرجع إلى الحالف وقد صار مولى للمشترى ؟ أرأيت لو أن المشترى ادعاه وزعم أنه ابنه فأثبت القاضى نسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذى حلف عليه أن لا يكلمه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول ؟ وكان ابن أبي ليلى يقول فى هذا : يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب . وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن كلمت فلانا ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة ، يملك

---

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن فى اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصول الجزاء ، وعنده لا يشترط ، ويعتبر قيام الملك فى المحل بالأهلية فى المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الحالف ثم وجد الشرط يقع الطلاق والعتاق ، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير الملك فى المحل . فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار الملك فى المحل أولى . ولكنا نقول : المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكما أن تنجيز العتق لا يصح إلا عند قيام الملك فى المحل فكذلك نزول الجزاء عند وجود الشرط ، إلا أنه يصير كالمنجز بذلك الكلام السابق ، وذلك الكلام صح منه فى حال إقامته والجنون إنما ينافى الأهلية للتكلم بالطلاق والعتاق على وجه يكون إيقاعا فى حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط — السرخسى

الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم [١] فلانا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليه [٢] الطلاق الذى حلف به ، لأنها قد خرجت من ملكه ، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجا غيره ثم كلم الأول فلانا وهى عند هذا الرجل لم يقع [٣] عليها الطلاق وهى تحت غيره . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : يقع عليها الطلاق ، لأنه حلف بذلك وهى فى ملكه

قال : وإذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها أبداً فهى طالق ثلاثا وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشترى مملوكا وتزوج امرأة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة ، ألا ترى أنه طلق بعد ما ملك وأعتق بعد ما ملك ؟ وقد بلغنا عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك [٤] » . فهذا إنما وقع بعد الملك كله ، ألا ترى أنه لو قال : إذا تزوجتها

---

(١) كذا فى الأصل . وفى المبسوط : « ثم كلمت » وكل محتمل

(٢) كذا فى الأصل ولعل الصواب عليها

(٣) كذا فى الأصل ولعله أيقع بهمز الاستفهام

(٤) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن على رضى الله عنه مرفوعا ولفظه : « لا طلاق قبل النكاح » ولم يذكر العتق . وأخرج عن الزهرى عن عروة عن المسور مرفوعا : « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » . وأخرج البيهقى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » . وروى عن اليمانى عن أبى عيسى عن جابر رفعه : « لا رضاع بعد فصال ، ولا يتم بعد احتلام ، ولا عتق إلا بعد ملك ، ولا طلاق إلا بعد نكاح » وروى عن عمرو ابن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » وروى عن النزال عن مسروق عن على قوله : « لا طلاق إلا بعد

أو ملكتها فهى طالق صارت طالقا ؟ وبهذا نأخذ ، ألا ترى أن رجلا لو قال لأمته : كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرا ؟ فهذا عتق مالم يملك ، ألا ترى أن رجلا لو كانت عنده امرأة فقال لها : إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها فى العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها ، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها ؟ أرأيت لو قال لعبد له : إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق ؟ وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يقع فى ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً ، فان وقت وقتاً فى سنين معلومة ، أو قال : ماعاش فلان أو فلانة أو وقت مصرا من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشترى منها مملوكا ، فان ابن أبى ليلى يوقع على هذا الطلاق . وأما قول أبى حنيفة رضى الله عنه فانه يوقع فى الوقت وغير الوقت . وقد بلغنا عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال : إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ماعاشت فلانة وقع [1] . وإذا قال الرجل : إن وطئت فلانة فهى حرة فاشتراها فوطئها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تعتق ، من قبل أنه حلف وهو

عنكاح » وروى مثله عن عروة عن عائشة . وروى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك »

(١) قال المولى على القارى فى شرح مختصر الوقاية : وقال مالك فى المشهور عنه : إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضا نحو مكة أو نحو هذا بأن قال : كل امرأة ، من غير زيادة وصف هنالك ، فليس يلزمه ذلك ، لما فى الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال : كل امرأة أنكحها فهى طالق : إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه . قال مالك : وهذ أحسن ما سمعت

لا يملكها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تعتق فان قال : إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشتراها فوطئها ، فهى حرة فى قولهما جميعا

باب فى العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف : وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يبنى فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجه منها بعد مابنى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نخرجه [١] . ويقال للذى بنى : انقض بناءك . وبهذا نأخذ [٢] . وكان ابن أبي ليلى يقول : الذى أعاره ضامن لقيمة البنيان والبناء للمعير . وكذلك بلغنا عن شريح [٣] . فان وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء فى قولهما [٤] جميعاً

قال : وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذى هى فى يديه من غلة النخل والأرض والثمن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الذى كانت فى يديه ضامن لما أخذ من الثمرة . وبه نأخذ [٥] . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه فى ذلك

---

(١) وفى نسخة الأصل : إن شاء أخرجه

(٢) وفى نسخة الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة فى العارية ص ١٤١ ج ١١ من مبسوط السرخسى مع البسط والدلائل

(٣) وفى نسخة الأصل : المسعودى عن القاسم عن شريح أنه قال : أيما رجل أذن لرجل أن يبنى فى ملكه ثم أخرجه ضمن البناء

(٤) وفى بعض نسخ الأصل : فى قولهم . والمسألة فى العارية ص ١٤١ ج ١١ من المبسوط وفيها خلاف زفر ذكرها مع الحجج

(٥) وفى بعض نسخ الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة ذكرت فى العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مبسوط السرخسى قال : ولكنا نقول : الثمرة عين

قال : وإذا زرع الرجل الأرض (١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الزرع للذى كانت فى يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويتصدق بالفضل (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يتصدق بشىء وليس عليه ضمان

قال : وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعملها وأقام فيها سنتين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لما نقصت الأرض فى السنة الثانية ويتصدق بالفضل ويعطى أجر السنة الأولى (٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه أجر مثلها فى السنة الثانية

قال : وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً فى أرض رجل أو داره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذى وجده منه شىء (٤) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو للذى وجده وعليه الخمس (٥) ولا شىء لصاحب الدار والأرض فيه . وبه نأخذ ، والله أعلم

باب فى الأجير والاجارة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اختلف الأجير والمستأجر

مال متقوم بدليل جواز بيعها وهى مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل فى الشاة إذا أتلفها

(١) وفى نسخة من الأصل : وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها

(٢) وفى نسخة من الأصل زاد : وهو قول محمد

(٣) وهو قول محمد . أفاده فى الأصل

(٤) وهو قول الامام محمد كما ذكره فى الأصل

(٥) وفى نسخة : ويخمس ، وكذا فى الحرف الذى قبله . والمسألة فى ختم كتاب الاعارة من المبسوط .

فى الأجرة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل . وبهذا نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شىء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف

---

(١) وبه قال محمد . والمسألة فى كتاب الاجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال : ولو اختلفا فى الأجر وقد عمله عملا على ماوصفه له ، فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل ، لأنه يثبت الزيادة فى حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك ، وإن قال رب الخف : عملته لى بغير أجر ، وقال العامل : عملته بدرهم ولا بينة بينهما ، فعلى رب الخف اليمين لله ماشارطه على درهم ، لأن العامل يدعى عليه الدرهم دينا فى الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين ، فاذا حلف غرم له مازاد النعل فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر ، لأن رب الخف يدعى عليه هبة النعل ، وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه ، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته ، لاحتباس ملك الغير عنده ، ولا يجب أجر المثل لأن المنفعة لاتتقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك ، فأما العين متقوم بنفسه . ولو أقاما البينة أخذت ببينة العامل ، لاثباته الزيادة ، إلى أن قال : ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الأجرة ، فان لم يكن أخذ فى العمل تحالفا وترادا ، لأن الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البدل فيعم ذلك أنواع البيوع ، ثم قال : وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب ، إلى أن قال : ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ، ففى حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه ، وفى حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل ، إلى أن قال : وعلى قول ابن أبى ليلى : القول قول الأجير إلى أجر مثله كما فى مسألة الصباغ الخ

قال : وإذا استأجر الرجل بيتا شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان فجاوز بها ذلك المكان (١) ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الأجر فيما سمى ولا أجر له فيما لم يسم ، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجرة . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : له الأجر فيما سمى ، وفيما خالف إن سلم ، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجراً فى الخلاف إذا ضمنه

قال : وإذا تكارى الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم (٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطبت الدابة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما زاد عليها وعليه الأجر تاما إذا كانت قد بلغت

---

(١) وعند السرخسى : ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر ، وعلى قول ابن أبى ليلى ليس عليه شىء من الأجر . قال : لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان ، ولأنه بالضمان ملك المضمون ، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه ، ولكنا نقول : لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل دينا فى ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصبا ضامناً فلا يسقط عنه الأجر بذلك ، بمنزلة ما لو أوردها على صاحبها ثم غصبها منه . وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاوزة ، والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاها قبل ذلك . قلت : وذكر المسألة فى الاجارة فى ص ١٥١ ج ١٥ أيضاً وقال معللا لها : لأنه غاصب فى السكنى ، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، وعند ابن أبى ليلى أجر مثلها فى الشهر الثانى . وقد بينا نظيره فى العارية ، وذكرت فى ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضا وقال فيها : لم يضمن عند الامام فى قوله الأول ثم رجع

(٢) المختوم : الصاع بعينه عن أبى عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : «الوسق ستون مختوما» — من المغرب

المكان . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه [١]

قال : وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذى فيها وقد حمله بأجر فغرقت فى مده أو معالجته السفينة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاضمان عليه فى المد خاصة

باب القسمة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل فى دار لا يكون بيتاً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له ، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير ؟ وبهذا نأخذ [٣] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يقسم شىء منها

---

(١) قال فى باب مايضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط : ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الأجر كاملا ، لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر مازاد . وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٠ ج ١٢ : قال أبوحنيفة فى الملاح إذا أخذ الأجر فان غرقت السفينة من ريح أو موج أو شىء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح ، لأن التلف حصل من عمله ، وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذفه فهو ضامن ، لأن هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك

(٣) قال السرخسى فى القسمة ص ١٣ ج ١٥ : فان كانت دار بين رجلين

باب الصلاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أتى الرجل إلى الامام فى أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الامام عند فراغه ، فانأبا حنيفةرضىاللهعنه كان يقول : يقوم الرجل فيقضى ولا يكبر معه ، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : يكبر ثم يقوم فيقضى

قال : وإذا صلى الرجل فىأيام التشريق وحده أوالمرأة ، فانأبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى فىجماعة فى غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة [٢] عنإبراهيم أنه قال : التكبير

ولأحدهما فيها بعض قليل لاينتفع به إذا قسم فأراد صاحبالكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لايقسمها ، وكذلك إن كان سائرالشركاء لا ينتفعون بأنصبائهم إلا هذا الواحد الطالبللقسمة فانه يقسمها بينه ، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لاينتفع بنصيبه بعد القسمة ، وعلى قول ابن أبى ليلى لايقسمها عند إباء بعضهم إلاإذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة .ثم احتج لكلا القولين

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٥ : والمسبوق يتابع الامام فى سجود السهو ، لأنه مؤدى فىحرمة الصلاة ولايتابعه فى التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة فى حرمة الصلاة . وعلى هذا إذا نسى الامام سجود السهو لم يسجدالقوم لأنه مؤدى فىحرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لايأتون به دونه ، وإذا نسىالتكبير أوالتلبية أوتركهما متأولا لم يترك القوم لأنها غيرمؤداة فى حرمة الصلاة

(٢) هو عبيدة مصغرا ابن معتب بكسر المثناةالضبى أبو عبد الرحيم ، وفىنسخة عبد الكريم الكوفى . روى عن إبراهيم النخعى وأبى وائل ، وعنه شعبة وهشيم .

على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذى يصلى وحده وفى جماعة ، وعلى المرأة . وبه نأخذ (١) . حدثنا مجالد (٢) عن عامر مثله

قال : وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الامام رأسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة . أخبرنا بذلك (٣) عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم . وبه نأخذ .

قال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه . علق له البخارى فرد حديث . وروى له أبو داود والترمذى وابن ماجه

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٤ : وقال أبو يوسف ومحمد : كل من يصلى مكتوبة فى هذه الأيام فعليه التكبير مسافرا كان أو مقيما فى المصر أو القرية رجلا أو امرأة فى الجماعة أو وحده . وهو قول إبراهيم ، لأن هذه التكبيرات فى حق غير الحاج بمنزلة التلبية فى حق الحاج ، وفى التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك فى التكبيرات ، وأبو حنيفة احتج بما روينا « لا جمعة ولا تشريق إلا فى مصر جامع » قال الخليل والنضر بن شميل : التشريق فى اللغة التكبير ، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال فى حديث على رضى الله عنه : « لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا فى مصر جامع » فقد ثبت فى الحديث أنه بمنزلة الجمعة فى اشتراط المصر فيه ، فكذلك فى اشتراط الذكورة والاقامة والجماعة ، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط فى صلاة الجمعة

(٢) هو مجالد بن سعيد بن عمير الهمدانى أبو عمرو الكوفى أحد الأعيان ، روى عن الشعبى وأبى الوداك وطائفة ، وعنه ابنه اسماعيل والثورى وابن المبارك وخلق . ضعفه ابن معين . وقال ابن عدى : عامة ما يرويه غير محفوظ . وقال النسائى : ثقة وعنه ليس بالقوى . روى له مسلم مقرونا والأربعة . مات سنة ١٤٤

(٣) أى أبو يوسف . وهذه مقولة الامام محمد راوى الكتاب ، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتيبة . قلت : روى البيهقى من طريق على بن عاصم عن خالد الحذاء عن على بن الأقمر عن أبى الأحوص عن عبد الله يعنى ابن مسعود قال : من لم يدرك الامام راكعا لم يدرك تلك الركعة . وروى عن الوليد بن مسلم عن مالك

وكان ابن أبى ليلى يقول : يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته[١].

وكان أبو حنيفة رضى الله عنه ينهى عن القنوت فى الفجر. وبه نأخذ[٢].

وابن جريج عن نافع أنه كان يقول : من أدرك الامام راكعا فركع قبل أن يرفع الامام رأسه فقد أدرك تلك الركعة . وروى عن أبى هريرة مرفوعا «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها قبل أن يقيم الامام صلبه» ورى عن شعبة عن عبد العزيز ابن رفيع عن رجل مرفوعا : «إذا جئتم والامام راكع فاركعوا ، وإن كان ساجدا فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفى رواية «من لم يدرك الركعة لم يدرك الصلاة» وفى رواية عن أبى هريرة رفعه : «إذا جئتم ونحن سجود فاسجدوا ولا تعتدوا شيئا ، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة»

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه محتجا لابن أبى ليلى : لأن حالة الركوع بمنزلة حالة القيام ، فان القائم إنما يفارق القاعد فى استواء النصف الأسفل منه دون النصف الأعلى . والراكع فى هذا والمنتصف سواء ، ولهذا لو ركع معه كان مدركا للركعة فكان إدراكه إياه فى حالة الركوع وإدراكه فى حالة القيام سواء ، ولو أدركه قائما ثم سبقه الامام بالركوع والسجود فانه يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركا للركعة فكذلك هنا . ولكنا نقول : شرط إدراك الركعة أن يشارك الامام فى حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة ، فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما فى القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع ، فاذا أدركه قائما فقد شاركه فى حقيقة القيام وكان مدركا للركعة . وأما إذا أدركه راكعا فهو لم يشاركه فى حقيقة القيام فلا بد من أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة ، فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما فى القيام وفيما هو مشبه للقيام فلا يعتمد بتلك الركعة ، كما لو أدرك فى السجود ، إلى أن قال : فأما إذا ركع قبل أن يرفع الامام رأسه فهو مشارك للامام فى القيام والركوع جميعا ، أما فى الركوع فلا يشكل ، وفى القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام ، فبهذا الحرف يتم الفرق بين الفصلين

(٢) قلت : وهو قول الامام محمد ، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت فى صلاة الصبح إلا فى النازلة

ويحدث به عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا شهراً واحداً حارب حياً من المشركين فقنت يدعو عليهم (١) وأن أبا بكر رضى الله عنه

---

(١) قلت : رواه أبو يوسف فى كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلا ، وكذلك عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله رضى الله عنه موصولا ، والمرسل أخرجه الامام محمد أيضا فى آثاره . والموصول أخرجه الحارثى أيضا والأشنانى وابن خسرو عن الأشنانى من طريق الامام أبى يوسف عنه ، وأخرجه طلحة وابن خسرو عنه عن أبان بن أبى عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله ، وأخرجه الحارثى من طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا أربعين يوما يدعو على عصية وذكوان ، ثم لم يقنت إلى أن مات ، قلت : حديث الدعاء على عصية ورعل وذكوان أخرجه البخارى ومسلم وأصحاب السنن عن أنس وغيره ، وأما فعل أبى بكر فأخرجه أبو يوسف فى آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضى الله عنه لم يقنت حتى لحق بالله تعالى . وأخرجه الأشنانى وابن خسرو عنه من طريق أبى عبد الرحمن المقرىء عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة : قنت أبو بكر فى الفجر حتى لحق بالله عز وجل ، وأخرجاه عنه عن حماد عن إبراهيم بلفظ : ماقنت أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على حتى حارب أهل الشام فكان يقنت . وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الامام محمد فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا ، يعنى فى صلاة الفجر ، وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد فى آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود قال : صحبت عمر رضى الله عنه سنتين لم أره قانتا فى سفر ولا حضر ، وأخرجه الحسن بن زياد فى مسنده عنه وابن خسرو من طريق الحسن عنه ، وأخرجه أبو يوسف أيضا فى آثاره عنه عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب ، وأخرجه طلحة ابن محمد أيضا من طريق أبى يوسف عنه وابن خسرو من طريق أبى مطيع البلخى عن شريك بن عبد الله عنه . وأخرجه الطحاوى من طريق أبى شهاب الخياط عنه . وأخرجه من طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن

لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل ، وأن ابن مسعود رضى الله عنه لم يقنت في سفر ولا فى حضر ، وأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يقنت ، وأن ابن عباس رضى الله عنهما لم يقنت ، وأن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لم يقنت وقال : يأهل العراق أنبئت أن إمامكم يقوم لا قارىء قرآن ولا راكع ، يعنى بذلك القنوت ، وأن علياً رضى الله عنه قنت فى حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك ، وقنت معاوية رضى الله عنه بالشام

وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم يقنت . وأما حديث ابن عباس فلم أجد من أخرجه عن الامام . وأخرجه الامام محمد فى الحجة عن أبى يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمى قال : صليت مع ابن عباس الصبح مرارا فلم يقنت . وأخرجه عن أبى إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يقنتان . وأخرجه الطحاوى فى معانى الآثار من طريق الثورى عن واقد عن سعيد بن جبير قال : صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يقنتان فى صلاة الصبح . وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يقنت فى صلاة الفجر . ورواه من طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمى قال : صليت خلف ابن عباس فى داره الصبح فلم يقنت قبل الركوع ولا بعده . ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران : صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يقنت . وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد فى آثارهما عنه عن الصلت بن بهرام عن حوط عن أبى الشعثاء عنه . وأخرجه الأشنانى أيضا من طريق أبى يوسف عنه وطلحة بن محمد فى مسنده من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور . وأما حديث على رضى الله عنه فمر تخريجه فى ضمن حديث أبى بكر رضى الله عنه . وأخرجه أبو يوسف أيضاً فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن عليا رضى الله عنه قنت يدعو على معاوية رضى الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه ، وقنت معاوية يدعو على على فأخذ أهل الشام عنه . وكذلك أخرجه محمد فى آثاره عنه

يدعو على على رضى الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك . وكان ابن أبى ليلى يرى القنوت فى الركعة الآخرة بعد القراءة وقبل الركوع فى الفجر ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قنت بهاتين السورتين : اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ، ونثنى عليك الخير ، ونشكرك ولا نكفرك ، ونخلع ونترك من يفجرك ، اللهم إياك نعبد ، ولك نصلى ونسجد ، وإليك نسعى ونحفد ، ونرجو رحمتك ونخشى عذابك ، إن عذابك بالكفار ملحق . وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنهم بهذا الحديث (١) ويحدث عن على رضى الله عنه أنه قنت (٢)

---

(١) قلت : رواه الطحاوى فى معانى الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبى ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال : صليت خلف عمر رضى الله عنه صلاة الغداة فقنت فيها بعد الركوع وقال فى قنوته : اللهم إنا نستعينك . إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب . ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبد الله الهمدانى عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال : « ونثنى عليك ولا نكفرك ، ونخشى عذابك الجد » . ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عبدة بن أبى لبابة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أن عمر قنت فى صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين . وروى عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقنت فى صلاة الصبح بسورتين : اللهم إنا نستعينك ، واللهم إياك نعبد . وروى عن همام عن قتادة عن أبى رافع قال : صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرأ بالأحزاب فسمعت قنوته وأنا فى آخر الصفوف . وروى عن سفيان وإسرائيل عن مخارق عن طارق بن شهاب قال : صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة فى الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع

(٢) وأخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار من طريق هشيم عن عطاء بن

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى صلاة الخوف (١) : يقوم الامام وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الامام ركعة وسجدتين ويسجدون معه فينفتلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بازاء العدو ثم تأتى الطائفة التى كانت بازاء العدو فيستقبلون التكبير ثم يصلى بهم الامام ركعة أخرى وسجدتين ويسلم الامام فينفتلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بازاء العدو وتأتى الأخرى فيصلون ركعة وحدانا ثم يسلمون ، وذلك لقول الله عز وجل : «ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا

السائب عن أبى عبدالرحمن عن على أنه كان يقنت فى صلاة الصبح قبل الركوع . ورواه من طريق ابن معقل عنه

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ٤٥ : اعلم أن العلماء اختلفوا فى صلاة الخوف فى فصول : أحدها أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال : كانت فى حياته خاصة ولم تبق مشروعة بعده . هكذا ذكره فى نوادر أبى سليمان لقوله تعالى : « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة » فقد شرط كونه فيهم لاقامة صلاة الخوف ، ولأن الناس كانوا يرغبون فى الصلاة خلفه مالا يرغبون فى الصلاة خلف غيره ، فشرع بصفة الذهاب والمجىء لينال كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه ، وقد ارتفع هذا المعنى بعده . وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز لهم أداؤها بصفة الذهاب والمجىء . قال الامام الطحاوى : وهذا القول عندنا ليس بشىء ، لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قد صلوها بعده ، قد صلاها حذيفة بطبرستان ، وما فى ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن نذكره هاهنا ، فان احتج فى ذلك بقوله تعالى : « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة » الآية فقال : إنما أمر بذلك إذا كان فيهم فاذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك ، قيل له : فقد قال

معك» . وكذلك بلغنا عن عبدالله بن عباس وإبراهيم النخعى(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجدالإمام والصف الأول ويقوم الصف الآخر فى وجوه العدو ، فاذا رفع الإمام رفع الصف الأول رءوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فاذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر ، ويتأخر الصف الأول فيصلى بهم الإمام الركعة الأخرى

عز وجل : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم » الآية فكان الخطاب هاهنا له ، وقد أجمع أن ذلك كان معمولا به من بعده كما كان يعمل به فى حياته . ولقد حدثنى أحمد بن أبى عمران أنه سمع أبا عبدالله محمد بن شجاع الثلجى يعيب قول أبى يوسف هذا ويقول : إن الصلاة مع النبى صلى الله عليه وسلم وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعا فانه لايجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها فلا ينبغى أن يفعل فيها شيئا لا يفعله فى الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها ، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والمجىء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف ، كانت خلف غيره كذلك أيضا — شرح معانى الآثار ج ١ ص ١٨٩

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد فى آثارهما . أما حديث ابن عباس فعن الامام عن الحارث بن عبدالرحمن عنه ، وأخرجه محمد فى كتاب الحجة أيضاً . وأما أثر إبراهيم فأخرجاه عنه عن حماد عن إبراهيم . قلت : روى أبو داود والطحاوى والبيهقى عن سفيان عن خصيف عن أبى عبيدة عن ابن مسعود مرفوعا نحو ماروى الامام عن إبراهيم . وروى عن ابن عمر مرفوعا نحوه أخرجه مالك والستة والطحاوى والبيهقى . وروى أبو داود عن عبدالرحمن بن سمرة أنه صلى فى غزوة كابل نحوه . وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوى والبيهقى قريبا منه يمكن أن يحمل على ماروواه ابن مسعود ، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين عليه حذيفة ، رواه الطحاوى وغيره

كذلك [1] ويحدث بذلك ابن أبى ليلى عن عطاء بن أبى رباح عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [2] . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كان العدو فى دبر القبلة قام الامام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعا ويركع ويركعون جميعا ثم يسجد الصف الذى مع الإمام سجدتين ثم ينفتلون فيستقبلون العدو ويجىء الآخرون فيسجدون ويصلى بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعا ويسجد معه الصف الذى معه ثم ينفتلون فيستقبلون العدو ويجىء الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعا

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٦ : وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كان العدو فى ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعا ، فاذا ركع الامام ركعوا معه ، وإذا سجد الامام سجد معه الصف الأول ، والصف الثانى قيام يحرسونهم ، وإذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثانى والصف الأول قعود يحرسونه فاذا رفعوا رءوسهم سجد الامام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثانى قعود يحرسونهم ، فاذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثانى والصف الأول قيام يحرسونهم ، فاذا رفعوا رءوسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثانى فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً ، فاذا قعد وسلم سلموا معه . واستدل بحديث أبى عياش الزرقى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة ، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب ومجىء . وعندنا إذا كان العدو فى ناحية القبلة ، فان صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلو بصفة الذهاب والمجىء كما بينا أجزأهم ، لان ظاهر الآية شاهد لذلك . قال الله تعالى : « ولتأت طائفة أخرى لم يصلو فليصلوا معك»

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر . وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى من طريق أبى الزبير عن جابر . وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى عن مجاهد عن أبى عياش الزرقى رضى الله عنه مثل حديث جابر

قال : وإذا جهر الإمام فى صلاة لايجهرفيها بالقراءةعمداً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد أساء وصلاته تامة . وكان ابن أبى ليلى يقول : يعيد بهم الصلاة

قال : وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا بأس بذلك . وكان ابن أبى ليلى يقول : أكره ذلك له حتى يسلم فى كل ركعتين . وبه نأخذ (١) .

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يكبر على الجنائز أربعا . وكان ابن أبى ليلى يكبر خمسا على الجنائز.(٢)

---

(١) قلت : وهو قول الامام محمد أيضاً ، قال فى المبسوط ج ١ ص ١٥٨ : والأربع أحب إلى . وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صلاة الليل مثنى مثنى ففى كل ركعتين فسلم » واستدلا لا بالتراويح ، فان الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليمة ، فدل أن ذلك أفضل . ولنا ماروى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليالى رمضان فقالت : كان قيامه فى رمضان وغيره سواء ، كان يصلى بعد العشاء أربع ركعات لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم أربعاً لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم كان يوتر بثلاث . ولأن فى الأربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع فى العبادة فهو أفضل . والتطوع نظير الفرائض والفرض فى صلاة الليل العشاء وهى أربع بتسليمة فكذلك النفل . وأما قوله : ففى كل ركعة فسلم ، معناه فتشهد ، والتشهد يسمى سلاما لما فيه من السلام ، وصلاة التراويح إنما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن ، وما يشترك فيه العامة يبنى على اليسر ، فأما الأفضل فهو أشق على البدن الخ

(٢) وفى المبسوط ج٢ ص ٦٣ : والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات . وكان ابن أبى ليلى يقول : خمس تكبيرات ، وهو رواية عن أبى يوسف . والآثار قد

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنـه يكره أن يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم . وكان ابن أبى ليـلى يقول : إذا جهرت فحسن ، وإذا أخفيت فحسن [١]

قال : وذكر عن ابن أبى ليلى عن رجل توضأ ومسح على خفيه من حدث ثم نزع الخفين قال : يصـلى كما هو ، وحدث بذلك عن الحـكم عن إبراهيم .

اختلفت فى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله كان أربع تـكبيرات ، فـكان هذا ناسخا لمـا قبله ، وإن عمر رضى الله عنه جمع الصحابة حين اختلفوا فى عدد التـكبيرات وقال لهم : إنـكم اختلفتم فمن يأتى بعدكم أشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك ،فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعا فاتفقوا على ذلك ، ولأن كل تـكبيرة قائمة مقام ركعة فى سائر الصلوات وليس فى المـكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبى ليلى يقول : التـكبيرة الأولى للافتتاح فينبغى أن يكون بعدها أربع تـكبيرات كل تـكبيرة قائمة مقام ركعة . وأهل الزيغ يزعمون أن عليا رضى الله عنه كان يكبر على أهل بيته خمس تـكبيرات وعلى سائر الناس أربعا . وهذا افتراء منهم عليه ، فقد روى أنه كبر على فاطمة رضى الله عنها أربعا . وروى أنه إنمـا صلى على فاطمة أبو بكر رضى الله عنه وكبر عليها أربعا ، وعمر صلى على أبى بكر وكـبر أربعا

(١) قال الامام السرخسى فى ص ١٧ من المجلد الأول من مبسوطه : وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : يتخير الامام فى التسمية بين الجهر والمخافتة . وهذا مذهبه فى كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع ، وتـكبيرات العيد ، ونحوها ، يستدل بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن ، ومن لا فلا حرج » وهذا ضعيف ، فان آخر الفعلين يكون ناسخا لأولهما والقول بالتخيير بين الناسخ والمنسوخ عملا لا يجوز

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال : لا يصلى حتى يغسل رجليه [١] وبه نأخذ . قال : وذكر عن الحكم [٢] أيضا عن إبراهيم أنه قال : لا بأس بعد الآى فى الصلاة

قال : وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ماقد غسل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يتم ما قد بقى ولا يعيد على مامضى . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كان فى طلب الماء أو فى الوضوء فانه يتم ما بقى ، وإن كان قد أخذ فى عمل غير ذلك أعاده على ماجف [٣] .

---

(١) وأخرجه هو فى آثاره أيضا ومحمد أيضا فى آثاره . قال السرخسى فى ج ١ ص ١٠٢ من مبسوطه : وعن إبراهيم النخعى فيه ثلاثة أقوال : روى حماد عنه كما هو مذهبنا ، وروى ابن أبى ليلى عن الحكم عنه أنه لا شىء عليه ، وروى الحسن ابن عمارة عن الحكم عنه أن عليه استقبال الوضوء . وجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتمل التجزى كانتقاضه بالحدث ، ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض إلا بالحدث فى شىء من الأعضاء ، ونزع الخف ليس بحدث ، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كا يمنع سراية الحدث إلى القدم وذلك الاستتار بالخلع يزول فيسرى ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجليه فعليه غسلهما . والرجلان فى حكم الطهارة كشىء واحد ، فاذا وجب غسل إحداهما وجب غسل الأخرى ضرروة أنه لا يجمع بين المسح والغسل فى عضو واحد

(٢) وذكر : أى ابن أبى ليلى مثل ما ذكر فوقه عن الحكم . كذلك روى هنا . قلت : وأخرج أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الآى فى الصلاة

(٣) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ص ٥٦ : وقال ابن أبى ليلى : إن كان فى طلب الماء أجزأه ، لأن ذلك من عمل الوضوء ، فان كان أخذ فى عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ماجف ، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل فى خلالها بعمل آخر . ولنا ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير [(١)] عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : لا يمسح وجهه من التراب فى الصلاة حتى يتشهد ويسلم [(٢)] وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه فى الصلاة قبل أن يسلم [(٣)] . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى بذلك بأسا . وبه نأخذ [(٤)]

بدون الموالاة والمنصوص عليه فى الكتاب غسل الأعضاء ، فلو شرطنا الموالاة كان زيادة على النص . وقد بينا أن مواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تكون لبيان السنة ، وأفعال الصلاة تؤدى بناء على التحريمة ، والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريمة فكان مفسدا ، بخلاف الوضوء فان أركان الوضوء لا تنبنى على التحريمة حتى لم يكن الكلام فى الوضوء مفسداً له . والله أعلم

(١) هو سعيد بن جبير ، الوالبى مولاهم ، الكوفى ، الفقيه أحد الأعلام . روى عن ابن عباس وابن عمر وعبدالله بن مغفل وعدى بن حاتم وخلق ، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق . وقال اللالكائى : إمام حجة . وقال عبدالملك بن أبى سليمان : كان يختم فى كل ليلتين . قال ميمون بن مهران : مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه . قتل سنة خمس وتسعين كهلا . قتله الحجاج فما أمهل بعده . قال خلف بن خليفة عن أبيه : شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال : لا إله إلا الله لا إله إلا الله ، فلما قالها الثالثة لم يتمها رضى الله عنه . قلت : هو من رواة الستة

(٢) قلت : قال البيهقى : وروى عن ابن عباس أنه قال : « لا يمسح وجهه من التراب فى الصلاة حتى يتشهد ويسلم » ولم يذكر سنده

(٣) قلت : وأخرجه عنه فى آثاره أيضا . وأخرجه محمد أيضا فى آثاره . قال محمد : لا نرى بأسا بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم ، لأن تركه يؤذى المصلى وربما شغله عن صلاته ، وهو قول أبى حنيفة

(٤) قال فى المبسوط ص ٢٧ : ولو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من

باب الزكاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفى يده ألف درهم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليه زكاة فيما فى يديه حتى يخرج دينه فيزكيه [1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه فيما فى يديه الزكاة

صلاته لا بأس به ، لأنه عمل مفيد فان التصاق التراب بجبهته نوع مثلة فربما كان الحشيش الملتصق بجبهته يؤذيه فلا بأس به . ولو مسح بعد مارفع رأسه من السجدة الأخيرة لا خلاف فى أنه لا بأس به ، فأما قبل ذلك فلا بأس به فى ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف قال : أحب إلى أن يدعه ، لأنه يتترب ثانيا وثالثا فلا يكون مفيدا . ولو مسح لكل مرة كان عملا كثيراً ، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله فى الكتاب : لا ، مفصولا عن قوله : أكرهه فانه قال فى الكتاب : قلت : لو مسح جبهته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعنى لا تفعل فانى أكرهه ، لحديث ابن مسعود رضى الله عنه : « أربع من الجفاء : أن تبول قائما ، وأن تسمع النداء فلم تجبه ، وأن تنفخ فى صلاتك ، وأن تمسح جبهتك فى صلاتك » . وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعى إذا فرغ من الدعاء فى غير الصلاة اه . قلت : تأويل قول محمد غير مرضى كما علم من تصريحه فى الآثار

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ١٩٥ : ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبى حنيفة رضى الله عنه : دين قوى وهو مايكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقى فى ملكه ، ودين وسط وهو أن يكون بدلا عن مال لا زكاة فيه لو بقى فى ملكه كثياب البذلة والمهنة ، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال : كالمهر ، وبدل الخلع ، والصلح عن دم العمد ، ففى الدين القوى لا يلزمه الأداء مالم يقبض أربعين درهما فاذا قبض هذا المقدار أدى درهما وكذلك كلما قبض أربعين درهما ، وفى الدين المتوسط لا يلزمه الأداء مالم يقبض مائة درهم

قال : وكان ابن أبي ليلى يقول : زكاة الدين على الذى هو عليه . فقال أبو حنيفة رضى الله عنه : بل هى على صاحبه الذى هوله إذاخرج ، كذلك بلغنا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه [١]. وبهذا نأخذ

فحينئذ يؤدى خمسة دراهم ، وفى الدين الضعيف لاتلزمه الزكاة مالم يقبض ويحول الحول عنده ، وروى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف ، وهو اختيار الكرخى على ماذكره فى المختصر . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الديون كلها سواء لاتجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئا يلزمه الاداء بقدره ، قل أو كثر ، ماخلا دين الكتابة فانه لايجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض ، وذكر الكرخى أن المستثنى عندهما دينان : الكتابة والدية على العاقلة الخ . قلت : ومعنى قول الامام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه مصروف إلى ماعليه من الدين ، ولا يصرف الدين إلى الدين ، والله أعلم بالصواب

(١) أخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار ، وكتاب الحجة عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : « إذا كان لك دين على الناس فقبضته فزكه لما مضى » . قال محمد : وبه نأخذ وهو قول أبى حنيفة ، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذى يستعملها وينتفع بها . قال محمد : ولسنا نأخذ بهذا ، ولكنا نأخذ بقول على : زكاتها على صاحبها إذا قبضها زكاها لما مضى . قلت : وحديث على أخرجه أبو عبيد فى كتاب الأموال والبيهقى من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن على رضى الله عنه فى الدين الظنون . قال : إن كان صادقا فليزكه إذا قبضه . قال البيهقى : قال أبو عبيد : قوله . «الظنون» هو الذى لايدرى صاحبه أيقضيه الذى عليه الدين أم لا ؟ كأنه الذى لايرجوه . وأخرجه ابن أبى شيبة أيضاً . قلت : وأخرج البيهقى من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر قال : « زكوا ماكان فى أيديكم وما كان من دين فى ثقة فهو بمنزلة ما فى أيديكم ، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه ، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى بن

قال : وإذا كانت أرض من أرض الخراج . فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس فيها عشر، لايجتمع عشروخراج . وبه نأخذ[1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه فيها العشر مع الخراج

قال : وإذا كانت الأرض من أرض العشر ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : فى كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف الغلة ، العشر ونصف العشر . والقليل والكثير فى ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل . وكذلك حدثنا

أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبى سليمان عن سعيد بن أبى هلال عن أبى النضر عن ابن عباس قال فى الدين : إذا لم ترج أخذه فلا تزكه حتى تأخذ فاذا أخذته فزكه عنه ما عليه — من ص ٤٣٢

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨ : وجه قولنا ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجتمع العشر والخراج فى أرض رجل مسلم» ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتيالهم لأخذ أموال الناس ، وكفى بالاجماع حجة ، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب أرض واحدة وسببهما لايجتمع ، فان سبب وجوب الخراج فتح الأرض عنوة وثبوت حق الغانمين فيها ، وسبب وجوب العشر إسلام أهل البلدة طوعا وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تناف ، فاذا لم يجتمع السببان لايثبت الحكمان جميعا . قلت : أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثى وطلحة بن محمد والأشنانى وابن خسرو من طريقه والقاضى أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عنبسة عن الامام أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يجتمع على مسلم عشر وخراج فى أرض »

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم [١] . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس فى شيء من ذلك عشر إلا فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب . ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أوسق فصاعداً . والوسق عندنا : ستون صاعا . والصاع مختوم بالحجاجى [٢] وهو ربع بالهاشمى الكبير ، وهو ثمانية أرطال . والمد رطلان . وبه نأخذ [٣] . وقال أبو يوسف : ليس فى البقول والخضراوات

---

(١) وأخرجه عنه فى الخراج والآثار أيضا . وأخرجه الامام محمد فى آثاره هكذا من قول إبراهيم . وأخرجه ابن خسرو فى مسنده من طريق أبى مطيع عنه عن أبان بن أبى عياش عن أنس مرفوعا : « فى كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر » قال أبو حنيفة : ولم يذكر صاعكم . قلت : وأخرجه البزار عن قتادة عن أنس . وروى البخارى عن ابن عمر رفعه : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر » وروى ابن ماجه عن معاذ رضى الله عنه : بعثنى النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأمرنى أن آخذ مما سقت السماء وما سقى بعلا ، العشر ، وما سقى بالدوالى نصف العشر »

(٢) فى المغرب : والحجاج فى الأعلام يحتمل أن يكون من الحج : الغلبة بالحجة ، أو من القصد . وبه سمى ابن يوسف وإليه ينسب الصاع ، لأنه اتخذه على صاع عمر رضى الله عنه فيقال : الصاع الحجاجى والقفيز الحجاجى ، وهو ربع الهاشمى ، وهو ثمانية أرطال . وفيه : والمختوم الصاع بعينه عن أبى عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : « الوسق ستون مختوما » . قلت : روى يحي بن آدم القرشى عن إسرائيل عن أبى إسحاق قال : قدم علينا الحجاج من المدينة فقال : إنى قد اتخذت لكم مختوما على صاع عمر بن الخطاب . قال أبو عبيد فى الأموال : وإنما سمى مختوما لأن الأمراء جعلت على أعلاه خاتما مطبوعا لئلا يزاد فيه ولا ينقص منه

(٣) وفى المبسوط ج٣ ص ٢ : ثم عند أبى حنيفة العشر يجب فى القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين ، يعنى بهما قوله عليه السلام :

عشر ولا أرى فى شىء من ذلك عشرا إلا الحنطة والشعير والحبوب .
وليس فيه شىء حتى يبلغ خمسة أوسق [(١)]

« ما سقت السماء ففيه العشر ، وما أخرجت الأرض ففيه العشر » وما روى عن ابن عباس أنه حين كان واليا بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة ، كما روينا ، ولأن النصاب فى أموال الزكاة كان معتبراً لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لايجاب العشر ، فان أصل المال هنا لا يعتبر فهو وخمس الركاز سواء . والأصل عندهما أنه لا يجب العشر فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق ، والوسق ستون صاعا ، فخمسة أوسق ألف ومائتا من . واحتجا فيه بقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » . وأبو حنيفة يقول : تأويل الحديث زكاة التجارة ، فانهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم . والتفصيل فى المبسوط

(١) وفى المبسوط ج ٣ ص٢ : والأصل عند أبى يوسف ومحمد أن ماليست له ثمرة باقية مقصودة فلا شىء فيه كالبقول والخضر والرياحين ، إنما العشر فيما له ثمرة باقية مقصودة . واحتجا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس فى الخضراوات صدقة » وتأويله عند أبى حنيفة صدقة تؤخذ : أى لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر بها عليه ثم قال : ما كان تافهاً عادة يتيسر وجوده على الغنى والفقير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا تجب الزكاة فى الصيود والحطب والحشيش . وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فيناله الأغنياء دون الفقراء كالسوائم ومال التجارة فكذلك هنا ماله ثمرة باقية يعز وجوده ، فأما الخضراوات فتافهة عادة ، ولهذا أوجبنا فى الزعفران ، ولم نوجب فى الورس والوسمة لأنه لا ينتفع بهما انتفاعا عاما ، وأبو يوسف أوجب فى الحناء لأنه ينتفع به انتفاعا عاما ، ولم يوجبه فيه محمد لأنه من الرياحين . وفى الثوم والبصل روايتان عن محمد قال فى إحدى الروايتين : هما من الخضر فلا شىء فيهما ، وفى الرواية الأخرى قال : يقعان فى الكيل ويبقيان فى أيدى الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر . والبطيخ والقثاء ، والخيار ، لا شىء فيها عندهما ، لأنها من الرطاب

قال : وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة ، فان أبا حنيفةّ رضى الله عنه كان يقول : إذا حال عليها الحول ففيها مسنة وربع عشر مسنة [١] وما زاد فبحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة . وأظنه حدثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاشيء فى الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة . وبه نأخذ . وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاشيء فى الأوقاص [٢] » والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين . وبه نأخذ[٣]

وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبرا ، وكذلك فى الثمار قال : لاشيء فى الكمثرى والخوخ والمشمش والاجاص ، وما يجفف منها لايعتبر . وأوجبنا فى الجوز واللوز العشر ، وفى الفستق على قول أبي يوسف يجب العشر ، وعلى قول محمد لايجب

(١) زاد فى المبسوط ج٢ص١٨٧ : أو ثلث عشر تبيع . فلعله سقط هنا من الأصل قلت : وروى الحسن عنه أنه لايجب فى الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة أو ربع مسنة أو ثلث تبيع ، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس فى الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبيعان . وهو قول أبي يوسف ومحمد

(٢) رواه البزار والدار قطنى من طريق المسعودى عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا إلى اليمن — الحديث فلما رجع سأل النبي صلى الله عليه وسلم عنه يعنى الوقص فقال : « ليس فيها شيء » قال المسعودى : والأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين ، والأربعين إلى الستين . قال البزار : تفرد به بقية عن المسعودى ، وتابعه الحسن بن عمارة عن الحكم ، ورواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مرسلا — دراية . قلت : قال فى المغرب : الوقص دق العنق وكسرها ، والوقص أيضاً ما بين الفريضتين كالشنق ، وقيل الأوقاص فى البقرة والشناق فى الابل

(٣) وهو قول محمد أيضاً . وجه قول الامام أن نصب النصاب بالرأى لايكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين

قال : وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم فحال عليها الحول ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى الزكاة : يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يزكيه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدينار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالا من الذهب فيزكيها فى كل عشرين مثقالا نصف مثقال فما زاد فليس فيه شىء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال . وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدينار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتى درهم . ففى كل مائتين خمسة دراهم ولا شىء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهما ، فإذا بلغت ففى كل أربعين زادت بعد المائتين درهم . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا زكاة فى شىء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالا وتبلغ الفضة مائتى درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول : هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض [1] . وقال ابن أبى ليلى :

فاذا تعذر اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة فى قليله وكثيره بحساب ما سبق ، وحديث معاذ رضى الله عنه المراد به حال قلة العدد فى الابتدا. ، فان الوقص فى الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصابا وذلك فى الابتداء يكون . وقيل المراد بالأوقاص الصغار وهى العجاجيل وبه نقول إنه لا شىء فيها — من المبسوط

(١) وفى المبسوط ج ٢ ص ١٩٢ : ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأشج رضى الله عنه قال : من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لايجاب الزكاة ، ومطلق السنة ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنهما مالان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابورى من الدنانير مع الهروى . وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة ، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففى حكم

مازاد على المائتى الدرهم والعشرين المثقال من شيء فبحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير . وبهذا نأخذ فى الزيادة [١] . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه

الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال ، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما ، فاذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر اختلفت الرواية فيما يؤدى فروى الحسن ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه يؤدى من مائة درهم درهمين ونصفا ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين ، وعن أبى يوسف فى رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدى الزكاة من نوع واحد ، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة . ثم اختلفوا فى كيفية الضم فقال أبو حنيفة : يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة ، وقال أبو يوسف ومحمد : باعتبار الأجزاء ، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، ذكره فى نوادر هشام . وبيان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوى مائة درهم أو خمسون درهما وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة وخمسين درهما ، فعند أبى حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر وتجب الزكاة ، وعندهما يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء . ثم عند أبى حنيفة يعتبر فى التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه أنه إذا كان للرجل مائة وخمسة وتسعون درهما ودينار يساوى خمسة دراهم أنه تجب الزكاة ، وذلك أن يقوم الذهب بالفضة . إلى أن قال محتجا للامام : وأبو حنيفة يقول : هما عينان وجب ضم أحدهما إلى الآخر لايجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة ، وهذا لأن كمال النصاب لايكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لايكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين ، فان الأموال أجناس باعتبار أعيانها ، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها الخ

(١) وبه قال محمد وهو قول على وابن عمر وإبراهيم النخعى رضى الله عنهم . وقال طاوس : لايجب فى الزيادة شيء حتى تبلغ مائتى درهم ، ويجب فى كل مائتى درهم خمسة دراهم . واحتجوا بحديث على بن أبى طالب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فى مائتى درهم خمسة دراهم ومازاد فبحساب ذلك » .

ليس فيما زادعلى المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهما [١] . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه [٢] . وقال أبو يوسف رضى الله عنه : لايقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه ، جاءت بذلك السنة ، إن كان له منها خمسة عشر مثقالا ذهبا لم يكن عليه فيها زكاة ولوكان قيمتها ألف درهم ، لأن الحديث إنما جاء فى عشرين مثقالا .ولو كان لهمع ذلكأربعون درهما لم يزكه حتى يكون خمسين درهما ، فاذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة . وكذلك لوكان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير ، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أى ذلك فعل أجزأه . ولوكان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتى الدرهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال

واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وفى كل مائتى درهمخمسة دراهم وفى كلأربعين درهما درهم » ولم يرد به فى الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين . وفى حديث معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « لا تأخذ من الكسور شيئا وفى مائتى درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففى كل أربعين درهما درهم » وقاس بالسوائم ففيها وقص بعدالنصاب الأول ، وكذلك فى النقود بعلة أن الزكاة واجبة فى الكل على وجه يحصل به النظرللفقراء وأرباب الأموال . وحديث على رضى اللهعنه لم ينقله أحد من الثقات مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالمصير إلى ماروبناه أولى — مبسوط

(١) وهو قول عمر رضى الله عنه كما فى المبسوط

(٢) وفى الجوهر النقى : وروينا من طريق ابن أبى شيبة عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصرى قال : كتب عمر إلى أبى موسى : فما زاد على المائتين ففى كلأربعين درهما درهم . قال : وأخرجه الطحاوى فىأحكام القرآن من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال : وروى ابن أبى شيبة بسندصحيح عن محمد الباقر رفعه : « إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفى كل أربعين درهما درهم »

قال : ولو أن رجلا له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويزكيه كله . وقال ابن أبى ليلى : هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب . وقال أبو يوسف : فيه الزكاة كله ، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويزكيه ؟ وكذلك الذهب والفضة . وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أمر رجلا تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها[1]

باب الصيام

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اكتحل الرجل فى شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا بأس بذلك . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يكره ذلك [2] ويكره أن يدهن شاربه بدهن يجد طعمه وهو صائم

---

(١) رواه أبو عبيد فى الأموال عن يحيى بن سعيد وأبى معاوية ويزيد أى ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبى سلمة عن أبى عمرو بن حماس عن أبيه قال : « مر بى عمر فقال : يا حماس أد زكاة مالك ، فقلت : مالى مال إلا جعاب وأدم فقال : قومها قيمة ثم أد زكاتها » وأخرجه الشافعى وأحمد وعبد الرزاق وابن أبى شيبة وسعيد بن منصور والبيهقى والدارقطنى عنه رضى الله عنه

(٢) وفى المبسوط ج ٣ ص ٦٧ : والاكتحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه فى حلقه . وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل ، وابن أبى ليلى كان يقول : إن وجد طعمه فى حلقه فطره لوصول الكحل إلى باطنه . ولنا حديث أبى رافع « أن النبى صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة إثمد فى رمضان فاكتحل وهو صائم » . وعن ابن مسعود قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت

قال : وإذا صام الرجل يوما من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : يجزيه . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لايجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه

أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحلته أم سلمة . وصوم يوم عاشوراء فى ذلك الوقت كان فرضا ثم صار منسوخا ، ثم ماوجد من الطعم فى حلقه أثر الكحل لا عينه كمن ذاق شيئا من الأدوية المرة يجد طعمه فى حلقه فهو قياس الغبار والدخان ، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذاك من قبل المسام لامن قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الحلق مسلك ، فهو نظير الصائم يشرع فى الماء فيجد برودة الماء فى كبده وذلك لايضره . وعلى هذا إذا دهن الصائم شاربه . فأما السعوط والوجور يفطره لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف ، والفطر مما يدخل . ولا كفارة عليه لأن معنى الجناية لايتم به ، فان اقتضاء الشهوة لايحصل به إلا فى رواية هشام عن أبى يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر

(١) قال فى المبسوط ج ٣ ص ٦٠ : ولنا حديث على وعائشة رضى الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك ، وكانا يقولان : لأن نصوم يوما من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوما من رمضان ، وإنما كانا يصومان بنية النفل ، لا جماعنا على أنه لايباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منهما معنى . وقال فى ص ٦٣ : رجل أصبح صائما فى رمضان قبل أن تبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس ، ومراده فى هذا يوم الشك ، ومعنى الشك أن يستوى طرف العلم وطرف الجهل بالشىء ، وإنما يقع الشك من وجهين : إما أن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادى والثلاثون ، أو غم هلال رمضان فوقع الشك فى اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان ، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم : «لاتقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حين نوى الفرض فقد اعتقد الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية

قال : وإذا أفطرت المرأة يوما من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر النهار ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليها كفارة وعليها القضاء . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليها الكفارة وعليها القضاء (١)

فيما هو فرض ، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام ، لأن النهى ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه . فأما إذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا ، وهو الأفضل

(١) وفى المبسوط ج ٣ ص ٧٥ : رجل جامع امرأته فى يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل فى ذلك اليوم ، سقطت عنهما الكفارة عندنا ، وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لاتسقط . إلى أن قال : وقال زفر : تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض . وجه قول ابن أبى ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجبت الكفارة ديناً فى الذمة ، والحيض والمرض لاينافى بقاء الكفارة ، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما فى اليوم والليل سواء ، وهو قياس السفر بعد الفطر لايسقط الكفارة ليلا أو نهاراً . وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويقول : الحيض ينافى الصوم وصوم يوم واحد لايتجزى فتقرر المنافى فى آخره يمكن شبهة المنافاة فى أوله فأما المرض لاينافى الصوم فلا يتمكن بالمرض فى آخر النهار شبهة المنافاة فى أوله للصوم . ولكننا نقول : المرض ينافى استحقاق الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح له الفطر . والكفارة لاتجب إلا بالفطر فى صوم مستحق واستحقاق الصوم فى يوم واحد لايتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقاق فى آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق فى أوله ، بخلاف السفر فانه غير مناف للاستحقاق ، حتى لو لم يفطر حتى سافر لايباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر فى آخر النهار شبهة فى أوله ، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة ، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب ، ولا إسناد فى الصور ، إنما ذلك فى المعانى ، ثم السفر فعله ، والكفارة إنما وجبت حقا لله تعالى فلا يسقط بفعل

قال : وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذانك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين . وذكر أبو حنيفة نحواً من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم (١) . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليسا بمتتابعين (٢)

العبد باختياره ، بخلاف المرض والحيض فانه سماوى لاصنع للعباد فيه ، فاذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة ، فان سوفر به مكرها فقدذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبى يوسف رضى الله تعالى عنه لا تسقط به الكفارة ، لأن الصنع للعباد فيه ، فهو قياس مالو أكره على الأكل بعد ما أفطر ، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط ، لأنه لاصنع له فيه . ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى ، فان عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط ؟ !

(١) أخرجه أبو يوسف عن الامام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلا وكذلك أخرجه الامام الحسن بن زياد فى مسنده ،وطلحة بن محمد وابن المظفر وابن خسرو عنه . وأخرجه الامام محمد فى الموطأ عن مالك والبخارى من طريق شعيب كلاهما عن الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة مسندا موصولا وفيه : شهرين متتابعين . والحديث هذا أخرجه الأئمة فى كتبهم

(٢) قال الامام السرخسى فى المبسوط : والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع إلا على قول ابن أبى ليلى فانه يقول : إن شاء تابع ، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء ، وما روينا من الآثار حجة عليه . قلت : أشار إلى ماذكر من الأحاديث التى ذكرها قبيل ذلك . منها الحديث الذى ذكرت تخريجه ، ومنها ماذكره بقوله : ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أفطر فى رمضان متعمدا فعليه ماعلى المظاهر » . قلت قال فى الدراية : لم أجده هكذا . وأخرجه الدارقطنى (أى حديث الاعرابى) من طريق مجاهد عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذى أفطر يوما من رمضان بكفارة الظهار الخ

قال : وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم فى رمضان ذاكراً لصومه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء ، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه . وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة ، وإن كان ذاكراً لصومه . وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شىء عليه ، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء

---

(١) وأخرجه عنه من طريق الامام فى آثاره أيضاً . وأخرجه الامام محمد أيضا فى آثاره عنه . قال محمد : وبه نأخذ إن كان ذاكراً لصومه ، فاذا كان ناسيا لصومه فلا قضاء عليه ، وهو قول أبى حنيفة . قلت : قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٣ ص ٦٦ : ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للقيط بن صبرة : « بالغ فى المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائما » فالنهى عن المبالغة التى فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء فى حلقه مفسد لصومه ، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور ، وهكذا القياس فى الناسى ، ولكنا تركناه بالسنة وهذا ليس فى معناه ، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن . ثم ركن الصوم قد انعدم معنى ، فان الذى حصل له وإن كان مخطئا قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه ، فاذا انعدم معنى أولى ، لأن مراعاة المعانى فى باب العبادات أبين من مراعاة الصور . وكان ابن أبى ليلى يقول : إن كان وضوؤه فرضا لم يفسد صومه ، وإن كان نفلا فسد صومه لهذا . وقال بعض أهل الحديث : إن كان فى الثلاث لا يفسد صومه ، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه ، ومنهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق فى الوضوء والجنابة والاعتماد على ما ذكرنا . وتأويل الحديث (عنى به « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان . وما استكرهوا عليه » كما ذكره قبل هذا

باب فى الحج

قال أبو يوسف : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : لاتشعر البدن ويقول: الاشعار مثلة [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : الاشعار فى السنام من الجانب الأيسر . وبه نأخذ

قال : وإذا أهل الرجل بعمرة فأفسدها فقدم مكة وقضاها ، فان أباحنيفة

الاستدلال) أن المراد رفع الاثم دون الحكم وبه نقول . قلت : حديث لقيط بن صبرة أخرجه البيهقى من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط ابن صبرة عن أبيه

(١) وفى مبسوط السرخسى ج ٤ ص ١٣٨ : وأما الاشعار فهو مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما هو حسن فى البدنة وإن ترك لم يضره . وصفة الاشعار هو أن يضرب بالمبضع فى أحد جانبى سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه . سمى ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له . والاشعار : هو الاعلام . وكان ابن أبى ليلى يقول : الاشعار فى الجانب الأيسر من السنام . وقد صح فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده . وهو مروى عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوى : ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار ؟ ! وإنما كره إشعار أهل زمانه ، لأنه رآهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً فى حر الحجاز فرأى الصواب فى سد هذا الباب على العامة ، لأنهم لا يراعون الحد . فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك . ثم حجتهما من حيث المعنى ، لأن المقصود من الاشعار والتقليد إعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت ، وإذا وردت الماء والعلف لم تمنع ، لكن هذا المقصود بالتقليد لايتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فانما يتم بالاشعار لأنه لايفارقه فكان الاشعار حسنا لهذا . وأبو حنيفة يقول : معنى الاعلام بالتقليد يحصل ، وهو لاكرام البدنة ، وليس فى الاشعار معني الاكرام » بل ذلك يؤذي

رضى الله عنه كان يقول : يجزيه أن يقضيها من التنعيم . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لايجزيه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده (١)

قال : وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئا سوى السمك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاخير فى شىء من صيد البحر سوى السمك ، وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لابأس بصيد البحر كله (٢)

البدنة ، ولأن التجليل مندوب إليه ، وإنما كان مندوبا لدفع أذى الذباب ، والاشعار من جوالب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رضى الله عنه

(١) قال السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من مبسوطه محتجا لابن أبى ليلى : لأنه إنما يقضى مافاته فعليه أن يقضيها كما فاته . ثم القضاء بصفة الأداء ، فاذا كان هو فى أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من الميقات فكذلك فى القضاء ، ولكنا نستدل بحديث عائشة رضى الله عنها ، فانها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ارفضى عمرتك واصنعى جميع مايصنع الحاج غيرأن لاتطوفى بالبيت » ثم أمرأخاها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التى فاتتها ، ولأن مايلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالنذر . ومن نذر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن موجب نذره ، ولأنه وصل إلى مكة بالاحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها باحرام صحيح ، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة فى الاحرام فى الحج والعمرة الواجب وغير الواجب فى ذلك سواء ، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة فى حكم قضاء هذه العمرة

(٢) قال السرخسى : والذى يرخص للمحرم من صيد البحرهو السمك خاصة فأما طير البحر لايرخص فيه للمحرم ، ويجب الجزاء بقتله . وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقا بقوله عز وجل : « أحل لكم صيد البحر » الآية . فالمحرم والحلال فيه سواء ، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل فى صيد البحر لايتحقق ، ولأن صيد البحر مايكون بحرى الأصل والمعاش كالسمك ، فأما الطير فهو برى الأصل بحرى المعاش ، لأن توالده يكون فى البر دون الماء فيكون

وقال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه عن حشيش الحرم فقال : أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش [١] منه . قال : وسألت ابن أبى ليلى عن ذلك فقال : لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه [٢] . قال : وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرنى أنه سأل عطاء بن أبى رباح

من صيد البر ، ألا ترى أن مايكون مائى الأصل وإن كان قد يعيش فى البر كالضفدع جعل ما ئيا با عتبار أصله . حتى لايجب على المحرم بقتله شىء ؟ فكذلك مايكون برى الأصل لا يرخص للمحرم فيه . قال ابن الهمام فى الفتح : واختلف فى أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو مايحل أكله منه فقط ؟ ففى المحيط : كل ما يعيش فى المـاء يحل قتله وصيده للمحرم اه قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان ، وكلب الماء . وفى مناسك الكرمانى : الذى يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول ، لأن قوله تعالى : «أحل لكم صيد البحر وطعامه» يتناول بحقيقته عموم مافى البحر . وفى البدائع : أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعاً مأكولا أو غير مأكول ، واستدل بالآية ، وأما مافى الأصل من قوله : والذى رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم ، فقد شرحه فى المبسوط بما يفيد تعميم الاباحة وأن المراد مايقابل المائى بالسمك ، فالضفدع جعله شمس الأئمة فى المبسوط من صيد البحر مطلقا ، وكذا قاضيخان ، . قلت : نص الامام بقوله : « لاخير فى شىء من صيد البحر سوى السمك » يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الاباحة بل المفهوم منه المصرح تخصيص الاباحة بالسمك . فالصحيح قول الكرمانى دون مافى المحيط ، والله أعلم

(١) فى المغرب : وحششت الحشيش : قطعته . واحتششته : جمعته — عن الجوهرى

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ١٠٤ : وكما لا يرخص فى قطع الحشيش فى الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص فى رعى الدواب فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لابأس بالرعى ، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون

فقال : لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش . وبه نأخذ . قال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه [(١)] قال : لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل . وبه نأخذ [(٢)] . قال : وسمعت ابن أبى ليلى يحدث عن عطاء بن أبى رباح عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أنهما كرها أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً . وحدثنا شيخ عن رزين [(٣)] مولى على بن عبد الله بن عباس [(٤)] أن على بن عبد الله كتب إليه

على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعى الحشيش ففى ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج . وعلى قول ابن أبى ليلى لابأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه . فانه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم ، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم : «لايختلى خلاها ولا يعضد شوكها» وفى الاحتشاش ارتكاب النهى ، وكذلك فى رعى الدواب لأن مشافر الدواب كالمناجل. وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه ، فأما مع وجود النص لا معتبر به

(١) كذا فى الأصل ولعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أونحوه ، والله أعلم

(٢) قال الامام السرخسى محتجا لأئمتنا : ولكنا نقول : ماجاز الانتفاع به فى الحرم يجوز إخراجه من الحرم كالنبات ، ومالايجوز إخراجه من الحرم لايجوز الانتفاع به فى الحرم كالصيد ، وبالاجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب فى الحرم ، فيكون له أيضا إخراج ذلك من الحرم . وما روى عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه ، فانهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير نكير منكر ، وإخراج التراب الذى يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك ، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهرا بخلافه فانه لايكون حجة

(٣) لم أجده فى الكتب الموجودة عندى

(٤) على بن عبد الله بن عباس الهاشمى أبو محمد المدنى . روى عن أبيه وأبى هريرة ، وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم . قال ابن سعد : ثقة ،

أن يبعث إليه بقطعة من المروة (١) يتخذها مصلى يسجد عليها (٢)

قال : وإذا أصاب الرجل حماما من حمام الحرم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : عليه قيمته . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه شاة . وسمعت ابن أبى ليلى يقول فى حمام الحرم عن عطاء بن أبى رباح شاة (٣)

قليل الحديث ، أجمل من على وجه الأرض . ولد سنة أربعين ، كان يسجد كل يوم ألف سجدة . مات سنة ١١٧

(١) فى المغرب : المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظار وهى كالسكاكين ليذبح بها

(٢) ضمير المؤنث للمروة ، وكان فى الأصل عليه بتذكير الضمير وليس بصواب إلا أن يكون بتأويل الحجر

(٣) وهو قول محمد أيضا . وفى المبسوط ج٤ ص ٨٣ : وأبو حنيفة وأبو يوسف أخذا بقول ابن عباس رضى الله عنهما فانه فسر المثل بالقيمة . والمعنى الفقهى يشهد له ، فان الحيوان لا مثل له من جنسه ، ألا ترى أن فى حق حقوق العباد يكون الحيوان مضمونا بالقيمة دون المثل فكذلك فى حقوق الله تعالى ، وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك فى حقوق العباد فى قوله تعالى « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » يوضحه أن المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس ، فاذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشىء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ، ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الاتلاف ، فكذلك لا تكون البدنة مثلا للنعامة ، وإذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة . فأما قوله : « من النعم » فقد قيل : فيه تقديم وتأخير ومعناه فجزاء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هديا بالغ الكعبة . إلى أن قال : وإيجاب الصحابة لهذه النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشى فكان ذلك أيسر عليهم من النقود ، وهو نظير ما قال على رضى الله عنه فى ولد المغرور : «يفك الغلام بالغلام ، والجارية بالجارية» المراد القيمة . والاختلاف فى هذه المسألة

قال : وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جفرة أو شبه ذلك فقال : لا يجزىء فى هدى الصيد إلا ما يجزىء فى هدى المتعة : الجذع من الضأن إذا كان عظيما أو الثنى من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجزىء ما دون (١) ذلك ، ألا ترى إلى قول الله عز وجل فى كتابه فى جزاء الصيد : «هديا بالغ الكعبة» ؟ وسألت ابن أبى ليلى عن ذلك فقال : يبعث به وإن كان عناقا أو حملا . قال أبو يوسف : آخذ بالأثر فى العناق والجفرة . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : فى ذلك كله قيمته . وبه نأخذ (٢)

فى فصول : أحدها ما بينا ، والثانى أن الذى أتى الحكمين يقوم الصيد فاذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدى والاطعام والصيام فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد الخيار إلى الحكمين ، فاذا عينا نوعا عليه يلزمه التكفير به بعينه . والتفصيل فى المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه

(١) وفى المبسوط ج٤ ص٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدى قال الله تعالى «هديا بالغ الكعبة» فهو بمنزلة هدى المتعة والقران فكما لا يجزىء الحمل والعناق فى هدى المتعة والقران لا يجزىء هنا (أى فى هدى الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى جوزوا ذلك فى جزاء الصيد استحسانا بالآثار التى جاءت به ، فان الصحابة قالوا : فى الأرنب عناق وفى اليربوع جفرة ، ولأن الرجل قد يسمى الدراهم والثوب هديا . ألا ترى أن الرجل لو قال : لله على أن أهدى هذه الدراهم ، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى فى ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص ، ولأن الهدى قد يكون عناقا وفصيلا وجديا ، ألا ترى أنه لو أهدى ناقة فنتجت كان ولدها هديا معها ينحر ؟ ولو كان غير هدى لكان يتصدق به كذلك قبل النحر ، ولكن أبو حنيفة يقول : أجوزه هديا تبعا لا مقصودا كما لا يجوز التضحية تبعا لا مقصوداً إذا نتجت الأضحية

(٢) كذا فى الأصل : فى ذلك كله قيمته . وبه نأخذ . والصواب حذف وبه نأخذ ، لأن أبا يوسف يخالفه فى العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك ، وإنما يوافقه

وذكر [١] عن خصيف الجزري [٢] عن أبي عبيدة [٣] عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال : في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه . وحدثنا داود ابن أبي هند [٤] عن عامر مثله . وسمعت ابن أبي ليلى يقول عن عطاء بن

في الذي لم تبلغ قيمته عناقا ولا جفرة . والمراد من القيمة تكفيره بالاطعام أو الصيام . قال في المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : فاذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملا أو عناقا لم يجزه الحمل ولا العناق من الهدى في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجزيء في ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثنى من غيرها ، فان كان الواجب دون ذلك كفر بالاطعام أو الصيام ، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لايجزيء هناك التقرب باراقة دم الحمل والعناق مقصودا فكذلك هنا

(١) قوله وذكر عن خصيف أي حدث أبو يوسف عن خصيف الحديث ورواه في آثاره أيضا عنه . ورواه طلحة بن محمد من طريق عبيدالله بن موسى وأبي يوسف وابن خسرو من طريق ابن زياد عن الامام أبي حنيفة عن خصيف — الحديث . قلت : رواه البيهقي عن أبي خيثمة عن خصيف ، ومن طريق الشافعي عن سعيد عن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبي عبيدة — الحديث ، ورواه مرفوعا أيضا عن أبي هريرة وغيره

(٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الحضرمي بكسر المعجمة الأولى ، الأموي مولاهم ، أبو عمرو الحراني الجزري . روى عن مجاهد وعكرمة وأبي عبيدة بن عبد الله ، وعنه ابن إسحاق والسفيانان ، وخلق . روى له الأربعة . ضعفه أحمد . ووثقه ابن معين وأبو زرعة . قال ابن عدي : إذا حدث عن ثقة فلا بأس به . توفي سنة ١٣٦ وقيل ٣٧

(٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي ، أبو عبيدة الكوفي . روى عن أبيه في السنن الأربعة . قال عمرو بن مرة : سألته هل تذكر عن عبدالله شيئا ؟ قال : لا . وروى عن أبي موسى وكعب بن عجرة ، وعنه إبراهيم النخعي ومجاهد ونافع ابن جبير . فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين . قلت : روى له الستة

(٤) هو داود بن أبي هند القشيري مولاهم ، أبو بكر المصري أحد الأعلام .

أبى رباح : فى البيضة درهم . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : قيمتها [١]

باب الديات

قال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه : وإذا قتل الرجل الرجل عمداً وللمقتول ورثة صغار وكبار ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : للكبار أن يقتلوا صاحبهم إن شاءوا [٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس لهم أن

روى عن ابن المسيب وأبى العالية والشعبى وعاصم الأحول وأبى عثمان النهدى وخلق ، وعنه يحى بن سعيد قرينه وقتادة كذلك وشعبة والثورى وحماد بن سلمة وخلق . روى له الخمسة والبخارى تعليقا . وثقه أحمد والعجلى وأبو حاتم والنسائى . مات سنه تسع وثلاثين ومائة ، وقيل أربعين

(١) وفى المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : وفى بيض النعامة على المحرم قيمته . وفى الكتاب أى كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما أوجبا فى بيض النعامة القيمة . قلت : حديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة والبيهقى . وحديث عمر رواه ابن أبى شيبة عن إبراهيم عنه منقطعا

(٢) قلت : وهوقول مالك أيضا . قال فى المبسوط ج٢٦ ص١٧٤ : وأبو حنيفة استدل بماروى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضى الله عنه قتله الحسن رضى الله عنه به قصاصا وقد كان فى أولاد على صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر على على ماروى أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قال للحسن : إن عشت رأيت فيه رأيى وإن مت فاقتله إن شئت . قال : واضربه ضربة كما ضربنى . وفى رواية : وإياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور . ولا يقال : إنما قتله لأنه كان مرتدا مستحلا لقتله إمام المسلمين على ماروى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى : « ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله » لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فانه كان من جملة أهل البغى وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم ، ألا ترى أنه علقه عتبة فقال : اقتله إن شئت وأخره

يقتلوا حتى يكبر الأصاغر. وبه نأخذ(١) . حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن على رضى الله عنهما قتل ابن ملجم بعلى (٢) . وقال أبو يوسف : وكان لعلى أولاد صغار

قال : وإذا اقتتل القوم فانجلوا (٣) عن قتيل لم يدر أيهم أصابه، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو على عاقلة القبيلة التى وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتيل على غيرهم . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يقول : هو على عاقلة الذين اقتتلوا جميعاً إلا أن يدعى أولياء القتيل على غير أولئك . وبهذا نأخذ (٤)

إلى مابعد موته ؟ ولو كان مرتدا لما أخر على قتله . ولا يقال : قتله حدا لسعيه فى الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين ، لأن الساعى بالفساد بقتل الامام لايقتل قصاصا ، ألا ترى أنه اعتبر المماثلة بقوله : « فاضربه كما ضربنى » وقد ذكر المزنى عن الشافعى قال : قتل ابن ملجم عليا متأولا فأقيد به فدل أنه قتل قصاصا الخ والتفصيل فى المبسوط فانه أطال وأجاد

(١) قلت : وهو قول الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق الشافعى عن أبى يوسف هكذا . وأخرجه فى باب الرجل يقتل واحدا من المسلمين على التأويل من طريق الشافعى عن إبراهيم ابن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا قال فى ابن ملجم بعد ماضربه : « أطعموه واسقوه ، وأحسنوا إساره ، فان عشت فأنا ولى دمى أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت ، وإن مت فقتلتموه فلا تمثلوا » وذكر فى الاستيعاب قصته بالاستيعاب

(٣) فى المبسوط : وأجلوا عن قتيل مكان انجلوا . وفى المغرب : وأجلوا عن قتيل انكشفوا عنه وانفرجوا

(٤) وفى المبسوط : وأما إذا أجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه ، فعلى

قال : وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ديته على تلك القبيلة التى أصيب فيهم . قال محمد : وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس عليهم شيء . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : القصاص لكل وارث . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبى ليلى يجعل لكل وارث قصاصا إلا الزوج والمرأة

قول أبى حنيفة ومحمد على عاقلة القبيلة الذين اقتتلوا جميعا ، وإليه رجع أبو يوسف . ذكرنا هنا قوله . وقد بينا المسألة فى الديات

(١) وفى المبسوط ج ٢٦ ص ١١٨ : فان كان صحيحا يجىء ويذهب فلا شيء فيه . قال : وجه قولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت ، ألا ترى أن فى حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته ؟ فكذلك فى حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح فى ذلك الموضع ، فأما إذا كان صحيحا يذهب ويجىء فهو فى حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك فى حكم القسامة والدية . وعلى هذا الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى يحمله ، كما لو مات على ظهره ، وإن كان يذهب ويجىء فلا شيء على من حمله . وفى قول ابن أبى ليلى لاشيء فى الوجهين

(٢) قال السرخسى فى المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧ : وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة فى القصاص عندنا ، وعلى قول ابن أبى ليلى لايثبت حقهما فى القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد ، والقصاص لايستحق بالعقد ، ألا ترى أن حق الموصى له لا يثبت فى القصاص ؟ وهذا لأن المقصود فى القصاص التشفى والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً . وحجتنا فى ذلك قول النبى عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا ، أو حقاً فلورثته » والقصاص حقه ، لأنه

قال : وإذا وجد القتيل فى قبيلة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشترين شىء . وبه نأخذ(١) . ثم قال أبو يوسف بعد : على المشترين والسكان وأهل

بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع ورثته كالدية ، والدليل عليه أن استحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد ، وبه فارق الوصية . وبهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعقد

(١) وفى المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢ : وإذا وجد القتيل فى قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشترين . وهذه فصول : أحدها أنه ما بقى فى المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشترين من ذلك شىء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفى قول أبى يوسف وهو قول ابن أبى ليلى : المشترون فى ذلك كأصحاب الخطة ، لأنهم قاموا مقام البائع ، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة ، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة ، ألا ترى أن القتيل الموجود فى دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريا أو صاحب خطة ؟ فكذلك فى القتيل الموجود فى المحلة ، وأبو حنيفة ومحمد قالا : صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشترين ، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشترين وأن المشترين قلما يزاحمون أهل الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة ؟ فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشترين أيضا ، بمنزلة صاحب الدار فى القتيل الموجود فى داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير فى داره كان موجب ذلك عليه . ثم المشترون أتباع لأصحاب الخطة ، وما بقى شىء من الأصل يكون الحكم له دون التبع . وقيل إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه أن أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك ، فأما إذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشترون فهى عليهم . وهو قول ابن أبى ليلى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا ، ألا ترى أن عمر رضى الله عنه أجلاهم منها إلى الشام ؟ وجه قول أبى حنيفة ومحمد

الخطة . وكان ابن أبي ليلي يقول : الدية على السكان و المشترين معهم وأهل الخطة وكذلك إذا وجد فى الدار فهو على أهل القبيلة : قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها فى قول ابن أبي ليلي . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشترين . وأما السكان فلا . وبهذا نأخذ (١) ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى . وقول أبي حنيفة المعروف : مابقى من أهل الخطة رجل فليس على المشترى شيء

قال : وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس فى هذا قصاص ، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس (٢) ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما

رضى الله عنهما أن التدبير فى أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان ، لأن السكان ينتقلون فى كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك . والدليل عليه أن ماينبني من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة ، فكذلك مايكون من الغرم شرعا . ولا حجة فى حديث خيبر فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه استثنى بقوله : أقركم ماأقركم الله ، فلهذا أجلاهم عمر رضى الله عنه ، وما وظف عليهم كان بطريق الخراج ، إلا أن يقال تملك عليهم الأراضى ، وقد بينا هذا فى المزارعة

(١) ج ٢٦ ص ١١٣ : ولو وجد القتيل فى دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطة فأهل الخطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه الدية ، لأن التدبير فى حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الخطة من أهل المحلة ، والقتيل الموجود فى ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له فى حكم القسامة والدية ، فلهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته

(٢) قال السرخسى فى مبسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦ : ولكنا نقول : لامماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة فى المنفعة ولا فى البدل . والمماثلة معتبرة فى القصاص فى الأطراف بدليل أن الصحيحة لاتستوفى بالشلاء للتفاوت بينهما

دون النفس ، ولا قصاص بين الصبيان فى النفس ولا غيرها . وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : القصاص بينهم فى ذلك وفى جميع الجراحات التى يستطاع فيها القصاص

قال : وإذا قتل الرجل رجلا بعصا أو بحجر فضربه ضربات حتى مات من ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاقصاص بينهما . وكان ابن أبى ليلى يقول : بينهما القصاص . وبه نأخذ (١)

فى البدل والمنفعة . ولا معنى لقولهم : إن الشلاء ميتة لاروح فيها ، لأن استيفاءها فى القصاص جائز وبقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها . فعرفنا أن الحياة فيها باقية ولكن التفاوت فى البدل فلا تقطع الصحيحة بها ، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة فى الفعل حتى تستوفى النفس الصحيحة بالزمنة . إلى أن قال : ولا تقطع يد الحر بيد العبد كما لا يقتل الحر بالعبد عنده ، وعندنا لايجزىء القصاص بين العبيد والأحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة فى البدل

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال السرخسى : وقد بينا المسألة فى الديات ، إلا أن هناك يذكر أن عندهما إنما يجب القصاص فى القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير ، فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالاة لايجب القصاص به عندنا ، وإنما يجب عند الشافعى ، وهنا نص على الخلاف فى هذا الفصل أيضاً . وهكذا ذكره الطحاوى رحمه الله ، وكأن الطحاوى إنما اعتمد هذه الرواية فيما أورده فى كتابه وهو الأصح ، فالمعتبر عندهما القصد إلى القتل بما لايطيق النفس احتماله ، والعصا الصغير مع المولاة فى ذلك بمنزلة العصا الكبير . قلت : وحجة الامام مارواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان عن عبدالله بن عمرو من طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه ، وفى رواية النسائى والطحاوى عن عقبة عن رجل من الصحابة رفعه : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها » ولفظ الطحاوى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال فى خطبته ، « ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعضوض يده فقلع سنا من أسنان العاض ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاضمان عليه فى السن لأنه قد كان له أن ينزع يده من فيه . وبه نأخذ . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : «أيعض أحدكم أخاه عض الفحل [1]» . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو ضامن لدية السن [2] . وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يجنى فى الجسد سواء فى الضمان

خلفة فى بطونها أولادها » وعند الدار قطنى عن القاسم عن عبدالله بن عمرو ليس فيه عقبة . وأخرجه أصحاب السنن وابن أبى شيبة وأحمد والشافعى وعبدالرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبدالله بن عمر قال ابن القطان : هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فان عقبة ثقة

(١) أخرجه البخارى من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران ابن حصين أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيتاه فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ! لا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : « خرجت فى غزوة فعض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبى صلى الله عليه وسلم » . قلت : والحديث معروف مخرج فى كتب الحديث

(٢) وفى المبسوط : وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاض فقلع شيئا من أسنانه ، فعندنا لا ضمان عليه فى السن ، وعند ابن أبى ليلى هو ضامن العضة (كذا) لأنه صار قالعا سنه بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور فى ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالخاطىء والمضطر ، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامنا ؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه . ولكنا نقول : هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للجناية فلا يكون ضامنا ، بمنزلة مالو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات . يوضحه أن صاحب

قال : وإذا نفحت [١] الدابة برجلها وهى تسير ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان على صاحبها ، لأنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «الرجل جبار [٢] » . وبه نأخذ [٣] . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو ضامن فى هذا لما أصابت

السن هو الجانى بعضه يد غيره على وجه يستمطسنه بنزع اليد . وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده ، لأن المعضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فانه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه ، فاذا اشتغل بالجناية على جسده فى محل آخر كان ضامنا لذلك ، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه

(١) فى المغرب : نفحته الدابة : ضربته بحد حافرها

(٢) وأخرجه هو ومحمد فى آثاريهما عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلا ولفظه : « العجماء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار ، وفى الركاز الخمس » وأخرجه الطبرانى فى الأوسط عن ابن مسعود مرفوعا مسنداً ، وأخرجه الشيخان عن أبى هريرة فى أثناء حديث

(٣) قال فى المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩ : وإن نفحته برجلها وهى تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام : « الرجل جبار» : أى هدر . والمراد نفحة الدابة بالرجل وهى تسير ، وهذا لأنه ليس فى وسعه التحرز من ذلك ، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها ، وكذلك النفحة بالذنب ليس فى وسعه التحرز عن ذلك . وقال ابن أبى ليلى : هو ضامن لجميع ذلك ، وقاس الذى يسير على الدابة بالذى أوقف دابته فى الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ، ولكنا نقول فى الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة ، ولأن الطريق ما أعد لايقاف الدواب فيه فيكون هو فى شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدى فى التسبب يكون ضامنا ، فلهذا يسوى فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين مالا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرز عن إيقاف الدابة ، بخلاف الأول ، فان السير على الدابة فى الطريق مباح له ، لأن الطريق معد

قال : وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول فى الرجل إذا قتل العبد : إن قيمته على عاقلة القاتل . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا تعقله العاقلة . ثم رجع أبو يوسف فقال : هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالغا ما بلغ حالا [١]

لذلك ، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة ، وإذا لم يكن نفس السير جناية قلنا لا يلزمه ضمان مالا يستطاع الامتناع منه ، ألا ترى أن الماشى فى الطريق لا يكون ضامنا لما ليس فى وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم فى الطريق ؟

(١) وفى المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨ : وروى عن أبى يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد ، وهو قول ابن أبى ليلى . واستدل فيه بقوله عليه السلام : « لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا » والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العبد يحل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف فى ماله كسائر الأموال . وحجتنا فى ذلك أن القيمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر ، وذلك على العاقلة مؤجلا فى ثلاث سنين ، فهذا مثله ، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر ، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمدا كما يتعلق بقتل الحر ؟ وكذلك الكفارة فى الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة فى ضمان الأموال ، فعرفنا أن المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس ، لأن المال لا يكون مثلا لما ليس بمال ، وما لا يكون مملوكا من الآدمى لا يكون مالا ، وإنما وجوب المال بقوله تعالى : « ودية مسلمة إلى أهله » إلا أن هذه الدية فى حق العبد القيمة وفى حق الحر مائة من الابل كما بينه الشرع ، والدية تجب على العاقلة مؤجلة فى ثلاث سنين فى حالة الخطأ ، وبهذا المعنى خالف النفس مادون النفس ، لأن مادون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص . وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد . وبه نقول . ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته ، قلت قيمته أو كثرت ، غير أنها لا تزاد

باب السرقة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوى عشرة دراهم فصاعداً ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقطعه ، ويقول : إن لم أقطعه جعلته عليه دينا ولا قطع فى الدين . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاأقطعه حتى يقر مرتين . وبهذا نأخذ . ثم رجع إلى قول أبى حنيفة [1]

وإن كان المسروق منه غائبا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال: لا أقطعه

على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة فى قول علمائنا رحمهم الله الخ

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف وابن أبى ليلى : لايقطع مالم يقر مرتين ، وكذلك الخلاف فى الاقرار بشرب الخمر ، وذكر بشر رجوع أبى يوسف إلى قول أبى حنيفة . وحجتهما ما روى عن على رضى الله عنه أن رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده . وهذا لأنه حد لله تعالى فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ، ولهذا روى عن أبى يوسف أنه شرط إقرارين فى مجلسين مختلفين ، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال : « أسرقت ؟ ما إخاله سرق . » فقال : سرقته ، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ، ولأن ماثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت باقرار واحد كالقصاص . وقد بينا أن الزنا مخصوص من بين نظائره . وفى الكتاب علل فقال : لو لم أقطعه فى المرة الأولى لم أقطعه فى المرة الثانية لأن المال صار دينا عليه بالاقرار الأول فهو بالاقرار الثانى يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما فى ذلك ، وإن كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الأول قبل الاقرار الثانى فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ؟

وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائبا (١)

قال : وإن كانت السرقة تساوى خمسة دراهم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا قطع فيها . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢)

ألا ترى أن بالشهادة لايلزمه القطع بعدرد المال ؟ فبالاقرار أولى . وإن رجع قبل أن يقطع درىء القطع لأنه ليس هاهنا من يرد جحوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين . فأما فى حق المال لايصح رجوعه لأن المسروق منه يكذبه فى الرجوع والمال حقه

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٤٢ : وعندنا لابد من حضرة المسروق منه فى الاقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن ظهور فعل السرقة لايكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق فاذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكا لمن فى يده ، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود ، أو أنه كان ضيفا عنده . ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه ، وشرط الحد لايثبت بما هو قائم مقام الغير . وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا فى قول أبى حنيفة الأول ، وفى قوله الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد يقطع ، وكذلك بعد موت الشهود . قلت : تفصيل المسألة فى المبسوط . ومن شاء فليراجعه . وفى ص ١٨٨ منه : فان أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففى القياس يقطع وهو رواية عن أبى يوسف ، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الامام منه وفى الاستحسان لايقطع للشبهة فان المسروق منه إذا حضر ربما يكذبه فى الاقرار وقد بينا

(٢) قلت : أخرج أبو يوسف فى خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه : كان السارق فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع فى ثمن المجن ، وكان للمجن يومئذ ثمن ، ولا يقطع فى الشيء التافه . وروى عن هشام عن عروة عن عائشة : لم يكن يقطع على عهد رسول الله فى الشيء التافه . وروى الطبرانى عن محمد بن نوح

ابن حرب عن خالد بن مهران عن أبى مطيع الثلجى عن أبى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يقطع إلا فى عشرة دراهم » . وأخرجه الحارثى من طريق أبى مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن الامام بالسند المذكور ولفظه : « كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عشرة دراهم » . ورواه محمد فى الأصل عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تقطع اليد إلا فى ثمن المجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم . وأخرجه النسائى والطحاوى والحاكم والطبرانى عن مجاهد عن أيمن رفعه : « لا تقطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » . وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل فى مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم . وأخرجه الطحاوى والنسائى والحاكم أيضا عنه ، ولفظه : كان قيمة المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . ورواه النسائى وابن أبى شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه . وأخرج أحمد والدارقطنى من هذا الوجه بلفظ « لا يقطع السارق فى أقل من عشرة دراهم » . وأما قول على فقال أبو يوسف فى خراجه بعد نقل قول ابن مسعود : وقد بلغنا نحو من ذلك عن على رضى الله عنه . وقال البيهقى عن الشافعى : رواه الزعافرى عن الشعبى عن على رضى الله عنه . قال الحافظ علاء الدين فى الجوهر النقى : روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحي بن الجزار عن على قال : « لا يقطع الكف فى أقل من دينار أو عشرة دراهم » وأخرجه البيهقى عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال : أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جويبر عن الضحاك عن النزال عن على رضى الله عنه قال : « لا تقطع اليد إلا فى عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم » قال : هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء . وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد فى آثاره عن أبى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه . وأخرجه أبو يوسف فى خراجه عن المسعودى عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله . وأخرجه عبد الرزاق والطبرانى نحوه باسناده . قلت : وروى عن ابن عباس أيضا قوله ، أخرجه أبو يوسف فى الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه . ورى ابن أبى شيبة عن يحي بن زيد وغيره عن الثورى عن

وعن على وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهم قالوا : لاتقطع اليد إلا في عشرة دراهم . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دونها [1]

عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أتى عمر بن الخطاب برجل سرق ثوبافقال لعثمان: قومه ، فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه . قال القارى فى شرح المختصر : وهذا يدل على انتساخ مافى الصحيحين

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٣٧ : وعلماؤنا رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وعن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا : « لاتقطع اليد إلا فى دينار أو فى عشرة دراهم » وهكذا عن على رضى الله عنه . وفى الحديث المعروف : « لامهر أقل من عشرة دراهم » وعن أيمن بن أبى أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم . والرجوع إلى قولهم أولى ، لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم ، وليس هذا من جملة ماقال إن الأخذ بالأقل أولى ، لأن فى قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر هاهنا ، لأن معنى درء الحد فيه . وقد روى أن عمر رضى الله عنه أتى بسارق سرق ثوبا فأمر بقطع يده . قال عثمان رضى الله عنه : إن سرقته لاتساوى عشرة دراهم ، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه ، فدل أنه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم ، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر . وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم ، والمستحق بكل واحد منهما ماله خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا بمال خطير . والحديث الذى رواه عن عائشة رضى الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه ، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروى هذا الحديث مرفوعا رماه بالحجارة . والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضى الله عنها : كانت اليد

قال : وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب ، أرأيت لو قال : لم يسرق منى شيئا أكنت أقطع السارق ؟ وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق (١)

قال : وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالزنا أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يدرأ عنه الحد فيهما جميعا ونضمنه السرقة . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عنده ماعز بن مالك رضى الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين

لا تقطع فى الشىء التافه وكانت تقطع فى ثمن المجن ، فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم ، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار فى الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ . قال الله جل وعلا : «ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها »

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٤٢ : وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها ، فاذا بينوا جميع ذلك والقاضى لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما ، فان زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحبسه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى . إلى أن قال : وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه فى الاقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق ، فاذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكا لمن فى يده ، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود ، أو أنه كان ضيفا عنده . ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء ، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير

أصابته الحجارة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] «فهلا خليتم سبيله !»
حدثنا بذلك أبو حنيفة [2] يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ .
وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل رجوعه فيهما جميعا وأمضي عليه الحد

قال : وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرق عندنا سرقة ،
فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : يضمن السرقة ولا يقطع ، لأنه

---

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١ : وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في فوره ذلك ، لأن هربه دليل رجوعه . ولو رجع عن الاقرار لم يقطع ، فكذلك إذا هرب . والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز حين أخبر بالهرب فقال : « هلا خليتم سبيله ؟ » ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان ضامنا للمال ، كما لو رجع عن إقراره ، فانه يسقط القطع به دون الضمان . وقال في الحدود في ص ٩٤ ج ٩ : فان أمر برجمه فرجع عن قوله درىء الحد عنه عندنا. وقال ابن أبي ليلى : لا يدرأ عنه الحد برجوعه ، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى ، واعتبر هذا الاقرار بسائر الحقوق مما لا يندرىء بالشبهات أو يندرىء بالشبهات كالقصاص وحد القذف ، فالرجوع عن الاقرار باطل في هذا كله . وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع ، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك ، فقد روينا أن ماعزا رضي الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هلا خليتم سبيله ! » ولأن الرجوع بعد الاقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الاقرار ويكذبه في الرجوع ، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع ، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة

(٢) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخرجه الحارثي في مسنده من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور ، والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره . وقد ذكر قبل ذلك

لم يأخذ الأمان لتجرى عليه الأحكام [١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : تقطع يده . وبه نأخذ . ثم رجع إلى قول أبى حنيفة رضى الله عنهما

باب القضاء

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أثبت القاضى فى ديوانه الاقرار وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك و هو لايذكره ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ينبغى له أن يجيزه . وكان ابن أبى ليلى يجيز ذلك. وبه نأخذ [٢] . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن كان يذكره ولم يثبته

---

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٧٨ : وإن سرق الحربى المستأمن فى دار الاسلام لم يقطع وهو ضامن إلا على قول أبى يوسف وابن أبى ليلى فانهما يقولان يقطع ولا ضمان عليه ، وقد بينا نظيره فى كتاب الحدود . وقال فى الحدود ص ٥٥ منه : وإذا زنى الحربى بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه فى قول أبى حنيفة ، وقال محمد : لاحد على واحد منهما ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع وقال : يحدان جميعاً ، أما المستأمن فعند أبى حنيفة ومحمد لاتقام عليه الحدود التى هى لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق ، وفى قول أبى يوسف الآخر والشافعى يقام الحد عليه كما يقام على الذمى لأنه مادام فى دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمى. إلى أن قال : وحجتنا فى ذلك قوله تعالى «ثم أبلغه مأمنه» فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقاً لله تعالى ، وفى إقامة الحد عليه تفويت ذلك ، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله . والمعنى أن المستأمن ما التزم شيئا من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجرا ليعاملنا ثم يرجع إلى داره ، ألا ترى أنه لايمنع من الرجوع إلى دار الحرب ؟ ولو كان ملتزما شيئا من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمى ، وهذا لأن منعه من أن يعود حربا للمسلمين بعد ما حصل فى أيديهم حق الله تعالى الخ . وزيادة التفصيل فى المبسوط

(٢) وهو قول محمد أيضا . وفى المبسوط ج ١٦ ص ٩٢ : وإذا وجد القاضى

عنده أجازه . وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجيزه حتى يثبته عنده ، وإن ذكره

قال : وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا خاتمه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ينبغي للقاضي الذي أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهدا عدل على خاتم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرىء عليه ، عرف القاضي الكتاب والخاتم أو لم يعرفه ، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت ، لأنه حق ، وهو مثل شهادة على شهادة . وقال : لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي . وبه نأخذ . ثم رجع أبو يوسف (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا شهدوا على خاتم

في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يتفكر في ذلك حتى يتذكر ، وليس له أن يقضى بذلك إن لم يتذكر . وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضى به وإن لم يتذكر. وهذا منهما نوع رخصة ، فالقاضي لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة ، ولهذا يكتب ، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان . إلى أن قال : ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة ، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب للقلب كالمرآة للعين ، وإنما تعتبر المرآة ليحصل الادراك بالعين ، فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه ، فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه ، فاذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه ، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم ، وليس للقاضي أن يقضى إلا بعلم ، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه

(١) قلت : وقول محمد في المسألة مثل قول الامام ، صرحه في الهداية . قال

القاضى قبل ذلك منهم . وبه نأخذ (١)

قال : وإذا قال الخصم للقاضى : لا أقر ولا أنكر ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أجبره على ذلك ولكنه يدعو المدعى بشهوده . قال : وكان ابن أبى ليلى لايدعه حتى يقر أو ينكر . وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له : احلف مراراً ، فان لم يحلف قضى عليه (٢)

قال : وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج

السرخسى فى المبسوط ج ١٦ ص ٩٥ : فاذا أتى القاضى كتاب قاض سأل الذى جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه ، لأنه غاب عن القاضى علمه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على مافيه . فمن أصل أبى حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما فى الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع فقال : إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف مافيه ، وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله ، لأن كتاب القاضى إلى القاضى قد يستعمل على شىء لايعجبهما أن يقف عليه غيرهما ، ولهذا يختم الكتاب . ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ، ولكنا نقول : ماهو المقصود لابد من أن يكون معلوما للشاهد ، والمقصود مافى الكتاب لا عين الكتاب والختم ، وكتب الخصومات لايستعمل على شىء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتابا آخر على حدة ، فأما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة

(١) قلت : وهذا قول أبى يوسف الآخر

(٢) وفى المبسوط قال أبو يوسف ومحمد : يستحلفه على حق المدعى ويجبره أنه يلزمه القضاء إن لم يحلف ، فان لم يحلف قضى عليه بالنكول ، وإن حلف دعا المدعى شهوده ، فهما يجعلان سكوته أيضا بمنزلة إنكاره ، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعى يمين المدعى عليه استحلفه القاضى . قال : وقال ابن أبى ليلى : لا أدعه حتى يقر أو ينكر ، لأن الجواب مستحق عليه ، فاذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضى على إيفائه بالحبس . ثم شرط قبول البينة

منه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقبل ذلك منه . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجا[(١)] . و تفسير ذلك أن الرجل يدعى قبل الرجل الدين فيقول : ماله قبلى شىء ، فيقيم الطالب البينة على ماله ويقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه . وقال أبو حنيفة : المطلوب صادق بما قال : ليس قبلى شىء ، وليس قوله هذا باكذاب لشهوده على البراءة

قال : وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى ، فقال : عندى المخرج ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا عندى باقرار إنما يقول : عندى البراءة ، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل . وبهذا نأخذ .

إنكار المدعى عليه فلا بد أن يجبره القاضى حتى يجيب بالاقرار فيتوصل به المدعى إلى حقه ، أو بالانكار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة . ولكنا نقول : الانكار حق المنكر ، لأنه يدفع به المدعى عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر على الاتيان به ، ثم السكوت قائم مقام الانكار ، لأن المنكر مانع والساكت كذلك ، والانكار منازعة بالقول وفى السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طولب به فيكون ذلك قائما مقام إنكاره ، ويتمكن المدعى من إثبات حقه بالبينة عند ذلك

(١) قال فى المبسوط : فابن أبى ليلى يقول : هو مناقض فى دعواه الايفاء بعد إنكاره أصل المال خصوصا إذا قال : ما كان له على شىء قط ، وقبول البينة يبتنى على دعوى صحيحة ، ومع التناقض لا تصح الدعوى ، ألا ترى أنه لو قال : ما كان له على شىء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الايفاء بعد ذلك لهذا المعنى ؟ ولكنا نقول : دعواه الايفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شىء عليه فى الحال أو أنه لم يكن عليه شىء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستوفى المال بها ، فاذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان

وكان ابن أبى ليلى يقول : هذا إقرار فان جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى[(١)] وأبو حنيفة يقول : إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة

قال : وإذا أقر الرجل عند القاضى بشىء فلم يقض به القاضى عليه ولم يثبته فى ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : إذا ذكر القاضى ذلك أمضاه عليه . وبهذا نأخذ[(٢)] . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لا يمضى ذلك عليه وإن كان ذاكرا له حتى يثبته فى ديوانه[(٣)]

متمكنا من إثباتها بالبينة ، ثم الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، بخلاف ما إذا قال : ما كان له شىء قط ولا أعرفه ، لأن مع ذلك الزيادة فى الانكار متعذر التوفيق بين كلاميه من الوجه الذى قلنا

(١) وفى المبسوط : لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله : أوفيتها إياه أو أبرأنى منها سواء ، وذاك إقرار بأصل المال ، ولكنا نقول : هو ادعى المخرج من دعواه لا من المال فلا يكون ذلك إقرارا بالمال صريحا ولا دلالة . وهكذا نقول فى الابراء ، فانه لو قال : أبرأنى من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقراراً بالمال ، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه ، ووجه الفساد غير متعين ، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجبا قط ، وقد يكون ذلك ببيان المسقط بعد الوجوب ، ومع الاحتمال لا يجب المال

(٢) قلت : هو قول الكل — أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفى المبسوط : والقياس ما قلنا ، لأن القاضى حين سمع إقراره بذلك كان له أن يقضى به لو طلب الخصم ذلك فكذلك بعد ما مضى على ذلك مدة إذا كان القاضى يذكر ذلك ، والمقصود من الاثبات فى ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فاذا كان ذاكراً فما هو المقصود حاصل . ولكن استحسن ابن أبى ليلى رحمه الله وقال : القاضى لكثرة اشتغاله ربما يشتبه عليه ذلك ، ولهذا يثبته فى ديوانه ليرجع إليه فينبغى له الشهود ، فاذا لم يثبته فى ديوانه لو قضى به

باب الفرية

قال أبو يوسف : وإذا قال رجل لرجل من العرب : يانبطى أو لست من بنى فلان لقبيلة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاحد عليه فى ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفى يابصرى ياشامى (١). حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبى رباح عن ابن عباس رضى الله عنهما بذلك (٢) وأما قوله : لست من بنى فلان ، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان ، القذف هاهنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا فى الجاهلية (٣) . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : فيهما جميعاً الحد

قال : وإذا قال الرجل لرجل : لست ابن فلان (٤) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا حد على القاذف

كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل ، فعليه أن يحتاط فى ذلك ولا يقضى بمجرد كونه ذاكرا حتى يثبته فى ديوانه

(١) ولاحد عليه عند الامام ، لأنه لايراد بهذا اللفظ القذف ، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر : أنت رستاقى أو خراسانى أو كوفى ولا يريد بشىء من ذلك القذف ؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يانبطى فقال : لاحد عليه — كذا فى المبسوط ج ٩ ص ١٢٣

(٢) لم أقف على مخرجه ، تتبعت الكتب الموجودة عندى فلم أجده فيه

(٣) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٢٣ : وإن قال لرجل : لست من بنى فلان لقبيلته لا يحد ، لأنه صادق ، فان بنى فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ، ولأنه لو كان هذا قذفا فانما يكون قذفا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهى كانت كافرة غير محصنة ، وهو نظير مالو قال له : جدك زان أو جدتك زانية فانه لا يكون قاذفا بهذا ، لأن فى أجداده وجداته من هو كافر ، فاذا لم يعين مسلما لايكون قاذف محصن ، بخلاف مالو قال : أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدنى وهى كانت محصنة فعليه الحد (٤) وفى المبسوط : لست من بنى فلان

إنما وقع القذف هاهنا على الأم ولا حد على قاذفها . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول فى ذلك : عليه الحد

قال : وإذا قذف رجل رجلا فقال : ياابن الزانيين وقد مات الأبوان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة . وبهذا نأخذ (٢) ، إن فرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه حدان ويضربه الحدين فى مقام واحد

---

(١) وفى المبسوط : وهذا بناء على الأصل الذى بيناه فى كتاب الحدود أن قوله : لست من بنى فلان يكون قذفا لأمه عندنا ، فاذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهى غير محصنة وقذف غير المحصنة لايوجب الحد . وعند ابن أبى ليلى هذا قذف فى نفسه ، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبه إلى الزنا يكون قاذفا له فكذلك إذا نفاه من أبيه يكون قاذفا له وهو محصن فى نفسه فعلى قاذفه الحد . قلت : وقال فى الحدود ص ١٢١ : وكذلك إن قال : لست لأبيك فعليه الحد ، لأنه قذف أمه بهذا فان الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه ، فأما الوطء إذا لم يكن زنا يكون مثبتا للنسب ، فعرفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فاذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد . وفى القياس لاحد عليه ، لأنه لايجوز أن لايكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت فى عدة الوطء ، ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه حيث قال : « لا حد إلا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه » ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هى زانية ، فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف أمه

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسى بقوله : عندنا . قال السرخسى لأن المغلب فى حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل باقامة حد واحد ، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف . وعند ابن أبى ليلى يضرب حدين لأن عنده المغلب فى حد القذف حق العبد

وقد فعل ذلك فى المسجد[١] وإذا قال الرجل للرجل : ياابن الزانيين أو قالت المرأة للرجل : ياابن الزانيين والأبوان حيان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا كانا حيين بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك [٢] ولا يضرب الرجل حدين فى مقام واحد وإن وجبا عليه

---

(١) قال السرخسى : وهذه هى المسألة التى قال أبو حنيفة رحمه الله فيها : إن القاضى أخطأ فيها فى سبع مواضع ، فان معتوهة كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له : ياابن الزانيين ، فأتى بها إلى ابن أبى ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين ، فذكر ذلك لأبى حنيفة فقال : أخطأ فى سبع مواضع ، ثم فسر ذلك فقال : بنى الحكم على إقرار المعتوهة وإقرارها هدر ، وألزمها الحد والمعتوهة ليست من أهل العقوبة ، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لايقام عليه إلا حد واحد ، وأقام حدين معا ومن اجتمع عليه حدان لايوالى بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر ، وأقام الحد فى المسجد وليس للامام أن يقيم الحد فى المسجد ، وضربها قائمة وإنما تضرب المرأة قاعدة ، وضربها لا بحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنها فى اضطرابها ستر الولى ذلك عليها . فانتشر بالكوفة أن القاضى أخطأ فى مسألة واحدة فى سبع مواضع

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ١١٣ : وإن كان المقذوف حيا غائبا ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عندنا . وقال ابن أبى ليلى : الغائب كالميت لأن خصومته تتعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته ، ولكنا نقول : ينوب أو يبعث وكيلا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فمالم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين ، وفى الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأيوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين ، بخلاف الغائب ، فان مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عندنا . قلت : وعلل لهذه المسألة فقال : وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجرى الارث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الارث خلافة الوارث المورث بعد موته فى حقه ، والله تعالى يتعالى عن ذلك الخ . والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل

جميعاً . وبه نأخذ (١)

قال : ولا يكون فى هذا أبدا إلا حد واحد . وكان ابن أبى ليلى يضربهما جميعا حدين فى مقام واحد ويضرب المرأة قائمة ويضربهما حدين فى كلمة واحدة ويقيم الحدود فى المسجد (٢) أظن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا

---

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر ، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدى إلى الاتلاف . وقد بينا أنه مأمور باقامة الحد على وجه يكون زاجرا لا متلفا ، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مضيعا للحد ، والامام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده ، وإن كان محصنا اقتص منه فى العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه ، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله ، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك ، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم . والمعنى فيه أن فى الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد ، فلهذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقا لله ولم يوجد ذلك ، فلهذا يضمنه السرقة ويأمر بايفائها من تركته

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : ولا يقام حد فى المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد ، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت فى المسجد بقوله « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم » ولكن القاضى يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث الغامدية ، أو يبعث أمينا ليقام بحضرته كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ماعز رضى الله عنه . قلت : روى البيهقى فى سننه عن حكيم بن حزام قال ، « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد ، فإن أخذه بعضهم فحدله كان لجميع ماقذف . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [١] . وبه نأخذ . وقال : لا تقام الحدود في المساجد

قال : ومن قذف أبا رجل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذى يطلب . وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد[٢] . وإن كان له عدة بنين فأيهم قام به حدله . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يضرب الرجل حدين فى مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر ، وإنما الحدان فى شرب وقذف أو زنا وقذف ، أو زنا وشرب ، فأما قذف كله وشرب كله مراراً [٣] أو زنا مرارا فانما عليه حد واحد [٤]

يستقاد فى المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود . ج ٨ ص ٣٢٨

(١) كذا فى الأصل ولعل بعض الكلمات سقط هنا من الأصل نحو : ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك ، أو بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والله أعلم ولم نجده . وروى ذلك عن إبراهيم النخعى ، رواه الامام محمد فى كتاب الآثار ، عن الامام عن حماد عنه

(٢) قلت : وهذه المسألة مكررة فى الحقيقة ، وليس بينها وبين التى قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها فى الأبوين وهنا فرضت فى أب

(٣) كذا فى الأصل ولعل بعض الكلمات سقط من الأصل أى فعل ذلك مراراً ، والله أعلم

(٤) قلت : أخرج أبو يوسف فى خراجه عن الامام عن حماد عن إبراهيم قال : إذا سرق مراراً فانما يده واحدة ، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فانما عليه حد واحد

قال : ولو كان الأبوان المقذوفان حيين كانا بمنزلة الميتين فى قول ابن أبى ليلى . وأما فى قول أبى حنيفة فلا حق للولد حتى يجىء الوالدان أو أحدهما يطلب قذفه وإنما عليه حد واحد فى ذلك كله (١)

قال : وإذا قذف الرجل رجلا ميتا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : يأخذ أيضاً الأخ والأخت ، وأما غير هؤلاء فلا (٢)

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا رفع إلى الإمام خبره حبسه حتى يلاعن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد (٣)

---

(١) قلت : هذه المسألة مكررة فى الحقيقة . قال فى المبسوط ج ٩ ص١٢٥ : رجل قال لرجل : ياابن الزانيين فعليه حد واحد ، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حيين فخاصماه لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ١١٢ : ثم الخصومة فى هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد ، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم باقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم فى ذلك عندنا ، وعند ابن أبى ليلى له ذلك لأن للأخ علقة فى حقوقه بعد موته كالولد ، ألا ترى أنه فى القصاص يخلفه ؟ فكذا فى حد القذف . ولكنا نقول : الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة ، فان حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه ، وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه ، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه ، بخلاف الآباء والأولاد

(٣) وفى المبسوط ج ٧ ص٤٤ : وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به

باب النكاح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها ، فان لها مهر مثلها من نسائها ، لا وكس ولا شطط . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : نساؤها أخواتها وبنات عمها . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : نساؤها أمها وخالاتها (١)

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم فى حجره ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز (٢) وله

البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبى ليلى يلاعن ويحد ، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، ثم قال ابن أبى ليلى : إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد . ولكنا نقول : إنكاره نفى القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٦٤ : نساؤها اللاتى يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى : أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك ، لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء . ولكنا نقول : قيمة الشىء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه ، لا من جنس قوم أمه . ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها ؟ فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها ، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها ، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هى مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبكارة ، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف ، قال صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لمالها وجمالها » الحديث الخ

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : وحجتنا قوله تعالى : « وإن خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى » الآية معناه فى نكاح اليتامى ، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة ، وقد نقل عن عائشة رضى الله عنها فى تأويل الآية أنها

الخيار إذا أدرك . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لايجوز ذلك عليه حتى يدرك . ثم رجع أبو يوسف وقال : إذا زوج الولى فلا خيار وهومثل الأب

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز . بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما أنه فعل ذلك ، وبه نأخذ : تزوج عبد الله بن جعفر امرأة على رضى الله

نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها وجمالها ولا يقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن فى الصداق . وقالت فى تأويل قوله تعالى « فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن » إنها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ولا يرغب فى نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كى لا يشاركه فى مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهن من غيرهم ، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة . وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنها من عمر بن أبى سلمة رضى الله عنهما وهى صغيرة . والآثار فى جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم الخ . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه

(١) وفى المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : فاذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا أدركا فى قول أبى حنيفة ومحمد . وهو قول ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم ، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال : لاخيار لهما ، وهو قول عروة بن الزبير رضى الله عنهما . قال : لأن هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد الخ ، وجه قولهما أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فاذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة اذا زوجها مولاها ثم أعتقها . وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولى ولكنه ناقص . يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء ، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكما حين امتنع ثبوت الولاية فى المال للأولياء ، فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد ، ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذى خطبها فيكون بمعنى النظر

عنهم وابنته جميعا (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لايجوز النكاح . وقال : كل امرأتين لوكانت إحداهما رجلا لم يحل لها نكاح صاحبتها فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما (٢)

لها ، وإنما يتم النظر باثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فانه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في المال والنفس

(١) رواه البيهقي من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال : أخبرني غير واحد أن عبدالله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عليها بنتاً لعلي أخرى . قال : وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبدالرحمن بن مهران عن عبدالله بن جعفر بنحوه ، ورواه من طريق جرير بن عبدالحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال : جمع عبدالله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود النهشلية وكانت امرأة علي رضي الله عنه وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضي الله عنهما فكانتا امرأتيه . وأخرجه ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها . وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر ، وعلقه البخاري وأخرجه الدارقطني : ولابن أبي شيبة أيضا من طريق عكرمة بن خالد أن عبدالله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته . وله عن ابن علية عن أيوب سئل ابن سيرين عن ذلك فقال : لابأس به ، نبئت أن جبلة كان بمصر فعله . زاد الدارقطني له صحبة ، وقال البيهقي : وعن أيوب أنه قال : نبئت أن سعد بن قرحا رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١١ ، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك ، يجمع بينهما ، لأنه لاقرابة بينهما . وقال ابن أبي ليلى : لايجوز ذلك ، لأن بنت الزوج لوكان ذكرا لم يكن له أن يتزوج الأخرى ، لأنها منكوحة أبيه وكل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لايجوز كالأختين ، ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر

قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تحرم على ابنه وعلى أبيه ، وتحرم عليه أمها وابنتها (١) .

رضى الله عنهما فانه جمع بين امرأة على رضى الله عنه وابنته ، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أوما أشبه القرابة فى الحرمة كالرضاع ، وذلك غير موجود هنا ، وما قابله ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما فى الأختين ، وذلك لا يتصور هنا فان امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له نكاح البنت ، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين ، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد ، لأنه لاقرابة بينهما ، وكما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثانى ، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها ، فان محمد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه ، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هى على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه ، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(١) وفى المبسوط ج ٤ ص ٢٠٨ : ولو نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا ، وفى القياس لاتثبت . وهو قول ابن أبى ليلى والشافعى لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها ، ألا ترى أنه لايفسد به الصوم وإن اتصل به الانزال ؟ ولأن النظر لو كان موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ، ولكننا تركنا القياس بحديث أم هانىء رضى الله عنها . قلت : قال الجصاص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبى هانىء . وذكر البيهقى أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها » وعن عمر رضى الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما إنها لاتحل لك . وفى الحديث : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع ، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس فى ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال ، فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء ، ولأن النظر إلى الفرج لايحل إلا فى الملك ، بمنزلة المس عن شهوة ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء . ثم معنى الشهوة المعتبرة فى المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها . فأما

بلغنا ذلك عن إبراهيم [١] . وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه خلا بجارية له فجردها وأن ابنا له استوهبها فقال له : إنها لاتحل لك [٢] . وبلغنا

مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتبر ، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذى لاشهوة له ؟ والنظر إلى الفرج الذى تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك اذا كانت متكئة أما اذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لاتثبت الحرمة بالنظر . ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى الى آبائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعاً ، وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها ، لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات ، والنوافل بمنزلة الأولاد فيما تنبنى عليه الحرمة ، وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته ، نقل ذلك عن أبى بن كعب رضى الله عنه . وكأن المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب ، وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه

(١) لم أجد من وصله وروى محمد فى آثاره وحججه عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته . قال : وبه نأخذ ، وهو قول أبى حنيفة . وأخرج فى الآثار عنه عن ابراهيم بن محمد ابن المنتشر عن أبيه عن مسروق قال : بيعوا جاريتى هذه أما إنى لم أصب منها الا ما يحرمها على ابنى من لمس أو نظر . قال محمد : وبه نأخذ ، إلا أنا لانرى النظر شيئا إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة فان نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، وهو قول أبى حنيفة . وقال الامام أبو بكر الجصاص فى أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١ : وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : « لاينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . قلت : وأخرجه الدارقطنى عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد . وأخرجه ابن أبى شيبة أيضا بسنده إلى حماد الحديث . وأخرجه عبد الرزاق عن ابراهيم قوله

(٢) قال الامام الجصاص فى أحكام القرآن : وروى الأوزاعى عن مكحول

عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأمها[١] » وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يحرم من ذلك شىء مالم يلمسه

قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تحل لأبيه ولا لابنه ، ولا تحل له أمها ولا بنتها . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : هى له حلال حتى يلمسها [٢]

أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك . وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك ، وروى المثنى عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال : أيما رجل جرد جارية له فنظر إليه منها ، يريد ذلك الأمر ، فانها لا تحل لابنه . قلت : وحديث عمر رضى الله عنه أخرجه ابن أبى شيبة ومالك كما فى كنز العمال

(١) لم أقف على مخرجه . وروى محمد فى كتاب الحجة على أهل المدينة عن قيس بن الربيع الأسدى عن أبى حصين عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفى قال : مكتوب فى التوراة : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبنتها »

(٢) قلت : هذه المسألة والتى قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهان من حيث الوطء . قال فى المبسوط ج ٤ ص ٢٠٧ : كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان فى الملك أو فى غير الملك . إلى أن قال : ولكنا نستدل بآثار الصحابة رضى الله عنهم ، فقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها » وعن مسروق قال : « بيعوا جاريتى هذه أما إنى لم أصب منها ما يحرمها على ولدى من المس والقبلة » قلت : وقد مرت الرواية برواية الآثار وفيه « إلا ما يحرمها على ولدى » فلعل إلا سقط هنا من الأصل ، والله أعلم . قال : ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فانه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه فى إثبات الحرمة كما أن النكاح الذى هو سبب الوطء شرعا يقام مقامه فى إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهى

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولى والزوج كفء لها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز [١] ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وأبى وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلا ذلك ولا ينبغى له غيره ؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولى جائزا ولا يجوز ذلك منها وهى قد وضعت نفسها فى الكفاءة ؟ بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى على رضى الله عنه فأجاز على النكاح [٢] . وكان ابن

الربيبة ، وهذا لأن الحرمة تنبنى على الاحتياط فيقام السبب الداعى إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطا وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية فى إثبات الحرمة دون سائر الأحكام

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ماذكر حديث على رضى الله عنه الذى ذكره هنا : وفى هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولى أن يزوجها فزوجها جاز النكاح فى ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء ، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفؤا لها فللأولياء حق الاعتراض . وفى رواية الحسن إن كان الزوج كفؤا لها جاز النكاح وإن لم يكن كفؤا لها لا يجوز . وكان أبو يوسف أولا يقول : لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولى ثم رجع وقال : إن كان الزوج كفؤا جاز النكاح وإلا فلا ، ثم رجع فقال : النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء لها . وذكر الطحاوى قول أبى يوسف أن الزوج إن كان كفؤا أمر القاضى الولى باجازة العقد فان أجازه جاز ، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ ، ولكن القاضى يجيزه فيجوز ، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولى سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازه الولى جاز وإن أبطله بطل ، إلا أنه إذا كان الزوج كفؤا لها ينبغى للقاضى أن يجدد العقد إذا أبى الولى أن يزوجها منه

(٢) ذكره بلاغا ، وكذا ذكره محمد فى كتاب النكاح ، ووصله فى كتاب الحجة على أهل المدينة ، فرواه عن أبى يوسف عن سليمان بن أبى سليمان يعنى أبا إسحاق

أبي ليلى لا يجيز ذلك[1] . وقال أبو يوسف : هو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفء أجزت ذلك كأن القاضى هاهنا ولى بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهرا وأشهد شهودا عليه وأعلم الشهود أن المهر الذى يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذى فى السر ثم تزوج فأعلن الذى قال ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المهر هو الأول

الشيبانى عن أمه عن بحرية ابنة هانىء أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح وقد دخل بها ، وروى عن أبى يوسف عن أبى إسحاق الشيبانى عن أبى قيس الأودى أن امرأة معه فى الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح . ورواه البيهقى من طريق أبى معاوية عن أبى إسحاق عن أبى قيس ، وفى رواية سماها سلمة من عائذ الله زوجتها أمها . وروى الأول من طريق هشيم وأبى عوانة وابن إدريس عن الشيبانى عن بحرية بنت هانىء بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليا فقال أدخلت بها ؟ قال : نعم ، فأجاز النكاح ، فقال ابن شور وقال بحرية مجهولة . وفى الجوهر النقى : وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبى شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال : كان على إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولى فدخل بها أمضاه . فقد روى من وجوه يشد بعضها بعضها . قلت : ورواه أيضا محمد فى كتاب الحجة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة عن القاسم بن عبد الرحمن فى قصة فريعة والمسيب ابن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريعة فى قبول ثبت المسيب

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ١١ : وأما من جوز النكاح بغير ولى استدل بقوله تعالى : « فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن » وبقوله تعالى : « حتى تنكح

وهو المهر الذى فى السر والسمعة باطل الذى أظهر للقوم . وبه نأخذ(١) .

زوجا غيره » وقوله تعالى : « أن ينكحن أزواجهن » أضاف العقد إليهن فى هذه الآيات فدل أنها تملك المباشرة . والمراد بالعضل : المنع حسا بأن يحبسها فى بيت ويمنعها من أن تتزوج ، وهذا خطاب للأزواج فانه قال فى أول الآية : « وإذا طلقتم النساء » وبه نقول إن من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له أن يمنعها من التزوج بزوج آخر . وأما الأخبار فقوله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم اسم لامرأة لازوج لها ، بكراً كانت أو ثيبا . وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة ، وهو اختيار الكرخى قال : الأيم من النساء كالأعزب من الرجال ، بخلاف ما ذكر محمد أن الأيم اسم للثيب . وقد بينا هذا فى شرح الجامع . وقال صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر » وحديث الخنساء حيث قالت بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولكنى أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من أمور بناتهم شىء . ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ليس فى أوليائك من لا يرضى بى ، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم » خاطب به عمر بن أبى سلمة وكان ابن سبع سنين ، وعن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم جواز النكاح بغير ولى ، وأن عائشة رضى الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال : أو مثلى يفتات عليه فى بناته ؟ فقالت عائشة رضى الله عنها : أو ترغب عن المنذر ؟ والله لتملكنه أمرها ! وبهذا تبين أن مارووا من حديث عائشة رضى الله عنها غير صحيح ، فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ، ومدار ذلك الحديث على الزهرى ، وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى . ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة ، وكذلك سائر الأخبار التى رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب أن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذى يزوجها . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه فانه أطال وفصل فأجاد رضى الله عنه

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٨٧ : وإذا تزوجها على مهر فى السر وسمع

وكان ابن أبى ليلى يقول : السمعة هى المهر والذى أسر باطل . أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال : إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية . أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا كرهت ذلك لم يجز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكره على ذلك . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

فى العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية ، وهذا على وجهين : إن كانا تواضعا فى السر على مهر ثم تعاقدا فى العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية ، لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة ، وجعل ما عقدا عليه فى العلانية بمنزلة الزيادة فى مهرها إلا أن يكون أشهد عليها أوعلى وليها الذى زوجها منه أن المهر هوالذى فى السر والعلانية سمعة ، فحينئذ المهر ما سمى لها فى السر، لأنهما فى الاشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر ، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى ، فانه يقول : كما لا يعمل الهزل فى جانب المنكوحة فكذلك فى جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية ، فأما إذا تعاقدا فى السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول ، لأن العقد الثانى بعد الأول لغو ، وبالاشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه . وإن لم يشهدا فى ذلك فالذى أشار اليه فى الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر . قالوا : وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، فأما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول ، لأن العقد الثانى لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضا يلغو . وعند أبى حنيفة أصل العقد الثانى وإن صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه : هذا ابنى فانه لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد ، وعند أبى حنيفة رحمه الله وإن لغا صريح كلامه فى حكم النسب بقى معتبرا فى حق العتق

«البكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها[١]» فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : النكاح جائز عليها وإن كرهت [٢]

---

(١) أخرج الحارثى من طريق أبى يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحمانى وغيرهم عن الامام عن شيبان بن عبد الرحمن عن يحي بن أبى كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها ، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن » وأخرجه طلحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمزة وأسد والحسن وغيرهم ، وابن خسرو من طريق المقرئ والأشنانى من طريق السينانى والكلاعى من طريق الوهبى عنه . قلت : وأخرجه الامام محمد فى الحجة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة . وفى الباب عن على ومعاذ وابن عمر وأبى ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمسور وابن عمرو وأنس وأمهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضى الله عنهم ، وأكثرها صحيحة

(٢) وفى المبسوط ج ٥ ص ٢ : وحجتنا فى ذلك حديث أبى هريرة وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهى كارهة . وفى حديث آخر قال فى البكر : « يزوجها وليها ، فان سكتت فقد رضيت ، وإن أبت لم تكره » وفى رواية فلا يجوز عليها . والدليل عليه حديث الخنساء ، فانها جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة ، فقال صلى الله عليه وسلم: «أجيزى ما صنع أبوك» فقالت : مالى رغبة فيما صنع أبى ! فقال صلى الله عليه وسلم : « اذهبى فلا نكاح لك انكحى من شئت » فقالت : أجزت ما صنع أبى ولكنى أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شىء . ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب ، فدل أن الحكم لا يختلف . وفى الحديث المعروف : « البكر

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا فى المهر فدخل بها وليس بينهما بينة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : لها مهر مثلها إلا أن يكون مادعت أقل من ذلك فيكون لها مادعت . وكان ابن أبي ليلى يقول : إنما لها ماسمى لها الزوج وليس لها شىء غير ذلك . وبه نأخذ [1] . ثم قال أبو يوسف : بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو قريبا منه قبل منه وإلا لم يقبل منه

تستأمر فى نفسها وسكوتها رضاها » فدل أن أصل الرضا منها ، والشافعى رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلا ، فانه يقول فى حق الأب والجد :لايشترط رضاها ، وفى تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها ، وماعلق فى حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به فى حق الضم والتفرد بالسكنى ، يعنى أن للولى أن يضم البكر إلى نفسه ، لأنه يخاف عليها أن تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم ، وللثيب أن تنفرد بالسكنى لأنها آمنة من ذلك . والمعنى فيه أنها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب الخ . وزيادة التفصيل فى المبسوط

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٦٥ : وإذا اختلف الزوجان فى المهر فقال الزوج ألف ، وقالت المرأة ألفان ، ففى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها ، وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتى بشىء مستنكر جدا . وجه قولهما أنهما اختلفا فى بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة ، كما لو اختلفا فى بدل الخلع والعتق بمال . ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل ، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية ، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى ، وذلك مانع وجوب مهر المثل ، ولا معنى للتحالف بينهما ، لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ . والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مايقوله الزوج ، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا فى حال قيام العقد ، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله . وأما أبو حنيفة

قال : وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها ، وإن شاءت أقامت مع زوجها [١] . وكان ابن أبي ليلي يقول : لا خيار لها . ومن حجة ابن أبي ليلى فى بريرة أنه يقول: كان زوجها

ومحمد رحمهما الله تعالى قالا : لصحة النكاح فى الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة ، فعند الاختلاف فى المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلى كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا فى الأجر فانه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى . وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا فى الأجر ، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية . ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم ، فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف فى البدل يجب التحالف ، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال . وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه فى الجامع . والتفصيل فى المبسوط . وقال فى معنى قوله : إلا أن يأتى بشىء مستنكر جداً : والأصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٩٨ : وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت فارقته ، لما روى أن عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكت بضعك فاختارى » وكان زوجها مغيث يمشى خلفها ويبكى وهى تأباه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه : « ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له !» ثم قال : «اتقى الله فانه زوجك وأبو ولدك» فقالت أتأمرنى ؟ فقال : «لا إنما أنا شافع » فقالت : إذا لا حاجة بى إليه . فاختارت نفسها . وكأن المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق ، فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها فى قرءين وعدتها حيضتان ، وذلك كله يزداد بالعتق وهى لا تتوصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد ، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا ، ولهذا لو

عبدا (١) . ومن حجة أبى حنيفة فى ذلك أنه يقول : إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه خير بريرة حين عتقت (٢) . وقد بلغنا عن عائشة رضى الله عنها أن زوج بريرة

اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد ، وفى حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقا ، ولأن سبب هذا الخيار معنى فى جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوى إن كان الزوج حرا أو عبدا عندنا ، إلى أن قال : والرواة اختلفوا فى زوج بريرة رضى الله عنها فروى أنه كان عبدا وروى أنه كان حرا عند عتقها ، ولما تعارضت الروايات فى صفة زوجها يجعل كأنه لم ينقل فى ذلك شىء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكت بضعك فاختارى » وفى هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً

(١) وفى عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩ : ونقل (أى ابن التركمانى) عن ابن حزم فى المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم ، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء فى شىء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبد ؟ هذا لا يجدونه أبدا فلا فرق بين من يدعى أنه خيرها لأنه كان عبدا وبين من يدعى أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث ، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد ، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبى ، ذكر ذلك عبد الرزاق بأسانيد صحيحة . وأخرجه ابن أبى شيبة عن النخعى ومجاهد ، وحكاه الخطابى عن حماد والثورى وأصحاب الرأى . وفى التمهيد : وبه قال مكحول . وفى الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضا ، والله أعلم

(٢) أخرجه الحارثى فى مسنده من طريق على بن يزيد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبى أحمد فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها ففرق بينهما ، وكان زوجها حرا . قلت : حديث عتق بريرة وتخييرها أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها

كان حراً (١)

قال : وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعى إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الولد للأول وهو صاحب الفراش . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «الولد للفراش وللعاهر الحجر (٢)» . وكان ابن أبي ليلى يقول :

---

(١) أخرجه الحارثى من طريق زيد بن الحباب سمعت أبا حنيفة وهو فى المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبدا أو حرا فقال: كان حرا ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، حدثنيه حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ، وأخرجه البخارى وغيره من الأئمة ، وأخرجه الامام محمد فى كتاب الحجة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عائشة رضى الله عنها عن زوج بريرة فقالت : كان حرا ، وأخرجه عن إبراهيم مرسلا وعن الشعبي موقوفاً

(٢) أخرجه الحارثى فى مسنده من طريق محمد بن بشر عن الامام عن حماد عن ابراهيم عن الأسود عن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب ابن نجدة عن الامام عن إسماعيل بن عياش الحمصى عن شرحبيل بن مسلم الخولانى عن أبي أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام حجة الوداع : « إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية للوارث ، والولد للفراش وللعاهر الحجر » الحديث بطوله ، وأخرجه القاضى أبو بكر محمد بن عبد الباقى فى مسند الامام من طريق أبي يوسف عنه عن على بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل ابن عياش — الحديث . قلت : وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفى حديثها قصة سودة ، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

الولد للآخر لأنه ليس بعاهر . والعاهر: الزانى لأنه متزوج . وكذلك بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (١) . وبه نأخذ (٢)

رفعه : « لادعوة فى الاسلام ، ذهب أمر الجاهلية ، الولدللفراش وللعاهرالحجر » ورواه البيهقى عن عثمان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الولد للفراش وللعاهرالحجر ، وفيه قصة . ورواه الترمذى من حديثأبى أمامة ، ورواه أبو داودعن علىرضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الولد للفراش ، وفيه قصة

(١) أخرجه الامام محمد فى دعوىالأصل ، وأخرجه البيهقى من طريق هشيم عن الشيبانى عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة على امرأته ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على رضى الله عنه فرد عليه المرأة ، وكانت حاملا من عكرمة فوضعها على يدى عدل فقالت المرأة لعلى : أنا أحق بمالى أو عبيد الله بن الحر ؟ فقال : بلأنت أحق بذلك ، قالت : فأشهدك أن كل ما كان لى علىعكرمة من شئ من صداق فهوله ، فلما وضعتما فىبطنها ردها إلىعبيداللهبن الحروألحق الوليد بأبيه

(٢) وفى كتابالدعوى من المبسوط ج ١٧ ص ٦١ محتجا للامامفىهذه المسألة : لأنه صاحبالفراشالصحيح ، فان نفيه لا يفسد فراشه ، والزوج الثانى صاحب الفراش الفاسد . ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح ، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابتالنسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب منالزوج دون المولى وإن ادعاه المولى ، لأن ملك اليمينلا يعارض النكاح فى الفراش بل الفراش الصحيح لصاحبالنكاح بل أولى ، فان هناك ملك اليمين عند الانفرادغير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غيرمثبت للحل ، فان نفى الأول والآخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال ، ولاحد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثانى عليها بنكاح فاسد ، فلا يجرى اللعان بينها وبين الأول ، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفى إلا باللعان . وكان ابن أبى ليلى يقول : الولد للثانى ، لأن

الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفى بالنفى ، ثم الثانى إليها أقرب يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبارا للحقيقة . وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجانى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن النسب يثبت من الزوج الثانى كما هو قول ابن أبى ليلى ، وفيه حديث الشعبى ذكره [أى محمد] فى الكتاب (أى فى الدعوى من الأصل) أن رجلا من الجعفى زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية إخوتها ، فجاء ابن الحر نخاصم زوجها إلى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه : أما إنك الممالئ علينا عدونا ! فقال : أيمنعنى ذلك من عدلك ؟ فقال : لا ، فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر ، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال : الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ، ولو ثبت وجب القول به . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الأول ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الثانى سواء ادعياه أو نفياه ، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب ، فباعتراض الثانى على الأول ينقطع الأول فى حكم النسب ويكون الحكم للثانى ، والتقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتبارا للفاسد بالصحيح . وإنما قلنا إن الأول ينقطع بالثانى ، لأن بدخول الثانى بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثانى ، ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء فى الرحم ، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى . وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثانى فهو للثانى ، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول ، لأن وجوب العدة عليها من الثانى بالدخول لا بالنكاح ، والحرمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثانى فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق ، والتقدير بأدنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان ، فاذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثانى يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثانى بها فى حال حلها للأول فكان النسب ثابتا منه ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثانى

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار [١] عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول فى الحرام: إن نوى به يميناً فيمين وإن نوى طلاقا فطلاق وهو ما نوى من ذلك [٢]. وإذا قال الرجل:

---

(١) هو أشعث بن سوار الكندى التوابيتى: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضى الأهواز كوفى. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص ابن غياث وهشيم، وخلق. قال الثورى: أثبت من مجالد. قال ابن معين والدارقطنى ضعيف. وقال عبدالله بن أحمد الدورقى عن يحى بن معين: أشعث بن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعة والبخارى فى الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن ابراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول: نيته فى الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقا فهى يمين. وروى من طريق أبى مسلم عن الأنصارى عن أشعث عن الحسن فى الحرام إن نوى يمينا فيمين، وإن نوى طلاقا فطلاق. وروى من طريق على بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبى جعفر فى الحرام إن نوى طلاقا فهى تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقا فيمين يكفرها. قال (أى على بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينا. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبى ثابت عن ابراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت على حرام، فقال عمر: لا أردها عليك. وروى عن الشعبى فى الرجل يجعل امرأته عليه حراما قال: يقولون إن عليا جعلها ثلاثا، قال عامر: ما قال رضى الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها. قال البيهقى: وروينا فيما مضى عن على أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين فى الجوهر: وقال صاحب الاستذكار: الصحيح عن على رضى الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد

كل حل على حرام ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول الزوج ، فان لم يعن طلاقا فليس بطلاق وإنما هى يمين يكفرها ، وإن عنى الطلاق ونوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة ، وإن نوى طلاقا ولم ينو عددا فهى واحدة بائنة [١] . وكذا إذا قال لامرأته : هى على

إلى أن قال : وذكر البيهقى فى هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا : الحرام يمين يكفرها . وهذا يرد قول الشافعى ولا يكون يمينا ، واذا كان الحرام يمينا فاليمين لا يكفر الا بعد الحنث . وكلام هؤلاء محمول على ما اذا أطلق التحريم ولم يكن له نية ، وكلام على وغيره ممن جعله طلاقا محمول على ما اذا نوى الطلاق . انتهى ماقاله الحافظ . وروى الامام محمد فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن ابراهيم فى الرجل يقول لامرأته : أنت على حرام : إن نوى الطلاق فهى واحدة وهو أملك برجعتها . قال محمد : وأما فى قول أبى حنيفة فان نوى الطلاق فهو ما نوى ، وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى طلاقا ولم ينو عددا فهى واحدة بائن . وإن نوى اثنتين فهى واحدة بائن ، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهى واحدة بائن ، وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره ، وإن لم ينو طلاقا فهى يمين ، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقربها بانت بالايلاء ، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً ، وإن نوى الكذب فليس بشىء . وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٧١ : « ولو قال : كل حل على حرام يسأل عن نيته ، فاذا نوى يمينا فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه الا أن ينويها فاذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة » وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحنث وتلزمه الكفارة . فان فتح العينين والقعود والقيام حل داخل فى هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجودا . ولكنا نقول : علمنا يقينا أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم ، فاذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذى به قوام النفس . ولا تدخل المرأة فيه الا أن ينويها ، لأن إدخالها

حرام (١) . وكذلك إذا قال لامرأته : خلية أو برية أو بائن أو بتة فالقول

بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك ، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر « فان نواها دخلت فيه » لأن المنوى من محتملات لفظه ، ولكن لا يخرج الطعام والشراب ، حتى اذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث ، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين فى صرف اللفظ عن ظاهره « فاذا حنث سقط عنه الايلاء » لأن الكفارة لزمته وارتفعت اليمين « وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها » لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات « وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول فى المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يميناً . لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين . فاذا عملت نيته فى الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين . وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبى يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين : أنتما على حرام ينوى فى إحداهما الطلاق وفى الأخرى اليمين أنه يكون طلاقا فيهما جميعا ، وكذلك لو نوى فى إحداهما الطلاق ثلاثا وفى الأخرى واحدة يكون ثلاثا فيهما جميعا لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين « وإن نوى الكذب فهو كذب » كما بينا فى الفصل الأول

(١) وهذه المسألة فى المبسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسوطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها : قال : وإن نوى الطلاق أى بالحرام لأنها مفروضة فى لفظ الحرام ، ولم ينو عددا فهذه واحدة بائنة لأن الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة ، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فان تحريم الحلال يمين ، قال الله تعالى : « يأيها النبى لم تحرم ما أحل الله » إلى قوله تعالى : « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » جاء فى التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه ، وفى بعض الروايات حرم العسل على نفسه ، وروى الضحاك عن أبى بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم فى هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين ، وعن ابن عمر قريبا منه ، وعن زيد رضى الله عنه قال : يمين يكفرها . والشافعى رحمه الله يقول : تحريم الحلال لا يكون يميناً ولكن تجب به الكفارة فى الزوجة والأمة خاصة ، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين ، لأن الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التى تثبت بالطلاق ، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن

قول الزوج وهو ما نوى ، إن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا فثلاث[١] بلغنا ذلك عن شريح[٢] وإن نوى اثنتين فهى واحدة بائنة ، وإن

فكان يمينا إن قربها كفر عن يمينه للحنث ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء . وكذلك لو نوى الايلاء فهو ونية اليمين سواء ، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له ، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهى حلال له . قالوا : هذا فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما فى القضاء فلا يدين ، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغى مع إمكان الاعمال ، وفى حمله على الكذب إلغاؤه . ولم يذكر فى الكتاب ما لو قال : نويت به الظهار ، وذكر فى النوادر أنه يكون ظهارا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه ، وعند محمد لا يكون ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار .

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٧٣ : ولو قال : أنت منى بائن أو بتة أو خلية أو برية فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون فى الصحبة والعشرة وتارة من النكاح ، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك فى هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل ، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثا فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث مالم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته ، وإن نوى اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر رحمه الله . وقد بينا فى الفصل الأول الكلام فى هذا فان قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد ، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهى واحدة بائنة عندنا الخ

(٢) روى الامام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله : يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ألبتة ؟ فقال : كان على ابن أبى طالب رضى الله عنه يجعلها ثلاثا ، وكان عمر رضى الله عنه يجعلها واحدة

لم ينوطلاقا فليس بطلاق غيرأن عليه اليمين مانوى طلاقا . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول فى جميع ماذكرت : هى ثلاث تطليقات لاندينه فى شىء منها ولا نجعل القول قوله فى شىء من ذلك (١)

قال : واذاقال الرجل لامرأته : أمرك فى يدك فقالت : قدطلقت نفسى ثلاثا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذاكان الزوج نوى ثلاثا فهى ثلاث ، وإن كان نوى واحدةفهى واحدة بائنة . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : هى ثلاث ولا يسأل الزوج عن شىء (٢)

وهوأملك برجعتها . فقال عروة بن المغيرة : فما تقول أنت ؟ قال شريح : أخبرتك بما قالا ، فقال عروة بن المغيرة : عزمت عليك لما قلت فيها . قال شريح : أراه قد خرج منه الطلاق وقوله « ألبتة» بدعة فنيته عند بدعته ، فان كان أراد ثلاثا فثلاث ، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب . ثم قال إبراهيم : وقول شريح أحب إلى من قولها ، رواه عنه الحسن بن زياد فى مسنده . وأخرجه ابن خسرو أيضاً فى مسنده من طريقه عنه . ورواه محمد عنه فى كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبى حنيفة

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٧١ : وعلى قول ابن أبى ليلى فى هذا ونظائره من الكنايات وهى ثلاث لايدين فى شىء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لاتثبت صفة للمحل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين فى محل واحد، وصفة الحل لاتزول إلا بالتطليقات الثلاث ، فكان وقوع الطلاق موجبا لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين فى شىء آخر ، ولكننا نقول : وصفها بالحرمة أنواع ولها أسباب ، فاذا نوى نوعا أو سببا كان المنوى من محتملات كلامه فتصح نيته

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢٢٢ : وعن ابن أبى ليلى هى ثلاث ولا يصدق فى القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس مايملك عليها وذلك ثلاث ، ولكنا نقول : التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، وكذلك إن نوى

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى الخيار : إن اختارت نفسها فواحدة بائنة ، وإن اختارت زوجها فلا شىء . وبه نأخذ [١] . وكان ابن أبي ليلى يقول : إن اختارت نفسها فواحدة يملك بها الرجعة ، وإن اختارت زوجها فلا شىء

الطلاق فقط ، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال ، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهى لا تسع فى هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢١٢ : « ثم المخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شىء إلا على قول على رضى الله عنه فانه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها » فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا « فقال : إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية ، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنها إذا اختارت زوجها فلا شىء » وهذا لحديث عائشة رضى الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ، ولم يكن ذلك طلاقا « وإن اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا » وهو قول على رضى الله عنه ، وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية ، وعلى قول زيد رضى الله عنه إذا اختارت نفسها فثلاث ، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار ، وعمر وابن مسعود رضى الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ، ولكننا نأخذ فى هذا بقول على رضى الله عنه ، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس فى هذا اللفظ ما يدل على الثلاث ، لأن حكم مالكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ، ولهذا قلنا : وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة لأن هذا مجرد نية العدد منه ، وقوله « اختارى » أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله « أنت بائن » فنية الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعا من البينونة ، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقى هذا مجرد نية العدد . قلت : فابن أبي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما إذا اختارت نفسها ، ولم يذكر السرخسى قوله

قال : واذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه [١] . بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت وابراهيم رضى الله عنهم [٢] بذلك ، لأن امرأته ليست عليها

---

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٨٨ فى ابتداء باب من الطلاق قال رضى الله عنه : « رجل قال لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا » وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم . وقال الحسن البصرى : تقع واحدة بقوله طالق ، فتبين لا إلى عدة ، وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع بها شيء كما لو قال : أنت طالق وطالق وطالق . ولكننا نقول : الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد ، لأن الموقع هو العدد فاذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً لا يقع شيء ، وهذا لأن الكل كلمة واحدة فى الحكم ، فان إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض ، بخلاف قوله : أنت طالق وطالق وطالق ، لأنها كلمات متفرقة « فأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانت بالأولى وكان الثنتان فيما لا يملك » وهو قول على وابن مسعود وزيد وابراهيم « وقال ابن أبى ليلى : إذا كان فى مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات » لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد . ولكننا نقول : كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا فى محل قابل له ، فاذا بانت لا الى عدة لم تبق محلا للوقوع عليها « ثم عند أبى يوسف تبين بالأولى قبل أن يفرغ من الكلام الثانى ، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثانى » لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطا أو استثناء ، ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو ، فأما بدونه لا يتحقق الخلاف ، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء

(٢) ذكر البيهقى فى سننه وحكى الشافعى فى كتاب اختلاف العراقيين ، أظنه عن أبى يوسف فى الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان ، هذا قول أبى حنيفة ، بلغنا عن عمر بن

عدة فقد بانت منه بالتطليقة الأولى وحلت للرجال ، ألا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجا كان نكاحها جائزاً ؟ فكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره ؟ وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليها الثلاث التطليقات اذا كانت من الرجل في مجلس واحد على ماوصفت لك

واذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها . وبهذا نأخذ (١)

ابن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وزيد بن ثابت وابراهيم بذلك . قلت : ولم يسنده . وأخرج عن عمر وعلى في باب إمضاء الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال : هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . وروى عن سفيان عن عاصم بن بهدلة عن زر عن عبد الله قال : المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها . وروى عن ابن عمرو وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة نحوه . قلت : المقصود منه بكلمة واحدة ، وأما إذا فصله فهو كما ذكرتهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الامام عن حماد عن ابراهيم أنه قال : اذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك ، واذا طلقها ثلاثا جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجا غيره ، وهذا لفظ أبي يوسف . قال محمد : وبهذا نأخذ . وهو قول أبي حنيفة . قلت : وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً . ذكره في كنز العمال

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . قال السرخسي في ج ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه : وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث ، لم تقبل

هذه الشهادة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما وابن أبى ليلى تقبل على الأقل ، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين فى المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتخلى تقبل ، وقد اتفق الشاهدان على الأقل ، لأن الأقل موجود فى الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل . إلى أن قال : ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق ، فكذلك إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغى أن تقبل على الأقل . وأبو حنيفة يقول : اختلف الشاهدان فى المشهود به لفظا ومعنى فلا تقبل الشهادة ، كما لو قال أحدهما إنه قال لها : خلية والآخر إنه قال لها : أنت برية . وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث ، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع . والدليل عليه أن مدعى الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقرا بالواحد إذ لو كان مقرا بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد ذلك فينبغى أن تقبل ، ولأن التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزياد ونصر وناصر ، وكذلك فى آلاف والألفين ، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضى من القضاء بشىء ، بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة فانهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظا ومعنى ، وكذلك فى قوله طالق وطالق وفى قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هناك فى اللفظ ليس بشرط ، فأما بين الشهادتين الموافقة فى اللفظ شرط ، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لا تقبل ؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ ، ألا ترى أنها لا تقبل مالم يقل : أشهد ؟ والذى يبطل مذهبهما ما ذكر فى كتاب الرجوع : لو شهد شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ؟ ولو اعتبر ما قالا أن الواحدة توجد فى الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وقد دخل بها ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : لها السكنى والنفقة حتى تنقضى عدتها . وبه نأخذ. وكان ابن أبى ليلى يقول : لها السكنى وليس لها النفقة [١] . وقال أبو حنيفة

---

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٢٠١ : فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت فى العدة عندنا ، وعلى قول الشافعى لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، وعلى قول ابن أبى ليلى لا نفقة للمبتوتة فى العدة . واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله عنها قالت : « طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى » إلا أن فى صحة هذا الحديث كلاما ، فانه روى أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضى الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شىء فى يده . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : تلك المرأة فتنت العالم ، أى بروايتها هذا الحديث . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ؟ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة » . وتأويله إن ثبت من وجهين : أحدهما أن زوجها كان غائبا فانه خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبت هى ذلك ، ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى عليه بشىء آخر . والثانى أنها كانت بذيئة اللسان على ماروى أنها كانت تؤذى أحماء زوجها حتى أخرجوها ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم رضى الله عنه ، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى . ثم لا خلاف فى استحقاقها السكنى ، فانه منصوص عليه بقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن» الآية . وقال تعالى : «أسكنوهن من حيث سكنتم» فعلماؤنا قالوا : النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح ، وهذه العدة حق من حقوق النكاح ، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة ، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت فى العدة ، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه فى كسبه لما له فيه من ملك اليد ؟ ولا يدخل

رضى الله عنه : لم وقد قال الله عز وجل فى كتابه : « فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »؟ و بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه جعل للمطلقة ثلاثا السكنى و النفقة [١]

قال : وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقربها شهراً أو شهرين أو ثلاثا ، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق ، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر . حدثنا بذلك سعيد بن أبى عروبة [٢] عن عامر

عليه نفقة المرهون ، فانه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له ، لأن ملك اليد للمرتهن فى المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك فى المالية دون العين . ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائل فيها بالدلائل ، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه . قلت : وما روى عن عمر أخرجه مسلم والترمذى من طريق أبى إسحاق عن الأسود ، ورواه القاضى إسماعيل والطحاوى عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبى عن النخعى عن عمر . وفيه سمعت رسول الله يقول : « لها السكنى والنفقة » ذكره الحافظ علاء الدين التركمانى فى الجوهر النقى . وذكره ابن حزم أيضا وأدخل بين حماد والشعبى حماد بن أبى سليمان . وليس هذا اللفظ عند مسلم والترمذى

(١) رواه أبو يوسف فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة فقالت فاطمة ابنة قيس : طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ، فقال عمر : « لا نأخذ بقول امرأة لا ندرى صدقت أم كذبت وندع كتاب الله » . وأخرجه الأشنانى من طريق عبيد الله بن موسى عنه . وأخرجه الحارثى من طريق خلف ابن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولا . وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضى الله عنهما . وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه . قلت : وأخرجه مسلم والترمذى من طريق أبى إسحاق عن الأسود ، وكذلك ابن أبى شيبة والبيهقى

(٢) هو سعيد بن أبى عروبة مهران اليشكرى مولاهم ، أبو النضر البصرى الحافظ العلم . روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثا واحداً وأبى التياح ومطر

الأحول [١] عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما [٢] وهو قول أبي حنيفة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء ، والايلاء : تطليقة بائنة [٣]

الوراق ، وخلق . وعنه شعبة وابن علية ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق . قال ابن معين : ثقة من أثبتهم فى قتادة . وقال أبو حاتم : ثقة قبل أن يختلط . وقال دحيم : اختلاط سنة خمس وأربعين ومائة . وقال النسائى : لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد ابن أسلم والحكم بن عتيبة . قلت : روى له الستة . مات سنة ١٥٦

(١) هو عامر بن عبد الواحد البصرى الأحول . روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما ، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائى . وثقه أبو حاتم . قال ابن معين : ليس به بأس ، وقال أحمد : ليس بالقوى . قلت : روى له الستة إلا أن البخارى فى جزء القراءة له . وذكره ابن حبان فى الثقات

(٢) ورواه أبو يوسف فى كتاب الآثار أيضا بهذا السند ، ولفظه : « من آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثا أو مادون الأربعة فليس عليه إيلاء » قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا ، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا فى مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس باسناد صحيح ، وأخرجه البيهقى من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور ، ولفظه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء »

(٣) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٢ : وإذا حلف لا يقربها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عندنا ، وقال ابن أبي ليلى : هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وهكذا كان أبو حنيفة يقول فى الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما : «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله . وابن أبي ليلى استدل بظاهر الآية : قال الله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم » والايلاء هو اليمين ، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة ، ولكنا نقول : المولى من لا يملك قربان امرأته فى المدة إلا بشيء يلزمه ، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر من غير أن يلزمه شيء ، فلم يكن موليا فى ترك مجامعتها مدة بغير يمين

وإذا حلف الرجل لايقرب امرأته فى هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا فى غيره ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليه فى هذا إيلاء ، ألاترى أن له أن يقربها فى غير ذلك البيت ولاتجب عليه الكفارة ؟ وإنما الايلاء كل يمين تمنع الجماع أربعة أشهر لايستطيع أن يقربها إلا أن يكفر يمينه . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول فى هذا : هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء (١) والايلاء تطليقة بائنة

قال : وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال : أنت على كظهر أمى يوما أووقت وقتا أكثر من ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو مظاهر منها لايقربها فى ذلك الوقت حتى يكفر كفارة الظهار ، فاذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو مظاهر منها أبدا ، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لايقربها حتى يكفر كفارة الظهار (٢)

---

(١) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٥ : وإن حلف لا يقربها فى مكان كذا أو فى مصر كذا أو قال فى أرض العراق ، لم يكن موليا عندنا . وقال ابن أبى ليلى : هو مول لأنه قصد الاضرار والتعنت بيمينه فلزمه حكم الايلاء . ولكنا نقول : اليمين إذا وقعت بمكان توقتت به فهو يتمكن من قربانها فى غير ذلك المكان فى المدة من غير أن يلزمه شىء ، فلا يتحقق به منع حقها فى الجماع

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢ : وإن قال : أنت على كظهر أمى اليوم فهو كما قال لا يقربها فى ذلك اليوم حتى يكفر ، فاذا مضى اليوم بطل الظهار . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى : هو مظاهر أبدا حتى يكفر ، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق فى أنه لايتوقت بالتوقيت ، ولكنا نقول : موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة ، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة ، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل ، والحرمة بسبب اليمين ، فاذا احتمل التوقيت صح توقيته

قال : وإذا ارتد الزوج عن الاسلام وكفر ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : بانت منه امرأته إذا ارتد ، لاتكون مسلمة تحت كافر . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هى امرأته على حالها حتى يستتاب ، فان تاب فهى امرأته ، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه (١)

قال : وإذا رجعت المرأة من أهل الاسلام إلى الشرك ، كان هذا والباب الأول سواء فى قولهما جميعا ، غير أن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعرض على المرأة الاسلام ، فان أسلمت خلى سبيلها ، وإن أبت حبست فى السجن حتى تتوب ولا تقتل . بلغنا ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما (٢).

ولا يبقى بعد مضى الوقت ، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت ، وعلى هذا لو قال : أنت على كظهر أمى شهراً أو حتى يقدم فلان ، فهو كما قال ، ويسقط بمضى الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضى وقتها

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٥٩ : وابن أبي ليلى يقول : لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد ، فان تاب فهى امرأته ، وإن مات أو قتل ورثته ، وجعل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا . ولكنا نقول : الردة تنافى النكاح ، واعتراض سبب المنافى للنكاح ، موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية ، فأما اختلاف الدين عينه لا ينافى النكاح ، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية ، وكذلك الاسلام لاينافى النكاح ، فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له ، فلهذا لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضى بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها ، ونفقة العدة إن كان دخل بها ، وإن كانت هى التى ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول ، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول . والكلام فى أن هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بينا

(٢) أخرجه أبو يوسف فى خراجه عن الامام عن عاصم عن زر عن ابن

وكان ابن أبي ليلى يقول : إن لم تتب قتلت . وبه نأخذ[1] . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه . وكيف تقتل وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عباس قال : « لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين إلى الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي رزين في مكان زر، ولفظه «لا يقتل النساء إذا ارتددن عن الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الدارقطني ، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الامام ، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم ، وأخرجه الدار قطني عن الثوري عن الامام عن عاصم . وروى الدارقطني عن خلاس عن علي: المرتدة تستتاب ولا تقتل . وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات موتة عليها ولا تباع في أهل دينها ، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن : «أيما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وإن أبت فاستتبها » وإسناده ضعيف ، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ، أخرجه ابن عدي في ترجمة حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث . فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلا ، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن . وقد تابع الامام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الغبار لأن رواته ثقات ، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني ، وهو مذهب الثوري ، ذكره ابن عبد البر ، وهذا دليل صحة الحديث عنده . وفي التمهيد : وروى قتادة عن خلاس عن علي مثله ، وهو قول الحسن وعطاء

(١) وفي المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨ : ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : تقتل إن لم تسلم . وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء ثم رجع . وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعزر تسعة وثلاثين سوطا ، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت . واستدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه» وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين ، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع

عن قتل النساء فى الحروب من أهل الشرك [1] ؟ فهذه مثلهم

لبيان العلة ، وقد تحقق تبديل الدين منها ، وفى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة يقال لها أم مروان الخ وأطال حجته قال : وحجتنا فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، وفيه حديثان : أحدهما : مارواه رباح بن ربيعة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى فى بعض الغزوات قوما مجتمعين على شىء فسأل عن ذلك فقالوا : ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال : لو أحد أدرك خالدا وقال له : لاتقتلن عسيفاً ولا ذرية ! والثانى : حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فقال : « من قتل هذه ؟» قال رجل : أنا يارسول الله ، أردفتها خلفى فأهوت إلى سيفى لتقتلنى ، فقال : ماشأن قتل النساء ؟ وارها ولا تعد ! ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال : ها ما كانت هذه تقاتل ! ففى هذا بيان أن استحقاق القتل بعلة القتال ، وأن النساء لايقتلن لأنهن لا يقاتلن . وفى هذا لافرق بين الكفر الأصلى وبين الكفر الطارىء . وما روى من الحديث غير مجرى على ظاهره ، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم ، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ماذكرنا . والمرتدة التى قتلت كانت مقاتلة ، فان أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال ، وكانت مطاعة فيهم الخ وأطال الاحتجاج . قلت : وفى حديث ابن عمر « نهى عن قتل النساء والصبيان » متفق عليه . وأما حديث رباح بن ربيعة الذى ذكره فأخرجه أبوداود وابن حبان وأحمد والنسائى والطحاوى

(١) روى أبو داود من حديث أنس : « لاتقتلوا شيخاً فانياً ولاصغيراً ولا امرأة » وعند البخارى ومسلم عن ابن عمر : «نهى عن قتل النساء والصبيان» . وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صيفى : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلا فقال : انظر ، فقال : امرأة قتيل ، فقال : « ما كانت هذه لتقاتل » وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائى وابن ماجه ، وفى رواية لأبى داود فى حديث الصعب بن جثامة . وقال الزهرى : ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان . وروى الطحاوى عن ابن بريدة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية قال لهم : « لاتقتلوا وليداً ولا امرأة » وروى

قال : وإذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها فهى طالق ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو كما قال ، وأى امرأة تزوجها فهى طالق واحدة [١] . وبهذا نأخذ [٢]. وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يقع عليه الطلاق ،

عن أبى سعيد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان قال : هما لمن غلب . وروى عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان . وروى عن كعب بن مالك رفعه : نهى الذين قتلوا ابن أبى الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان والنساء . وروى عن حنظلة الكاتب : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها ، فلما جاء أفرجوا ، فقال : ما كانت هذه تقاتل ، ثم أتبع رسول الله خالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيفاً . قلت : ورواه ابن حبان وأحمد والنسائى وابن ماجه أيضاً ، وفيه : ذرية ، مكان امرأة

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٩٦ : ولو قال لامرأة : كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فهو كما قال ، يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها الخ قال : وهذه المسألة تنبنى على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص ، وهو قول عمر رضى الله عنه ، روى عنه ذلك فى الظهار ، وعند الشافعى لا يصح ذلك ، وهو قول ابن عباس ، فانه سئل عمن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، فتلا عليه قوله تعالى : «إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن» وقال : شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ، وعلى قول ابن أبى ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين ، وإن عم فقال : كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه . قلت : فرض المسألة فى كلما والمرأة المعينة ، ولم يذكر الحجة على ابن أبى ليلى واحتج للشافعى ثم احتج عليه ، وأجاب عن الامام وأطال . وقال فى ص ٩٨ : إذا قال لامرأة : إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك ، فهذا كله للمرة الواحدة ، لأنه ليس فى لفظه ما يدل على التكرار ، فان كلمة إن للشرط ، وإذا ومتى للوقت ، بخلاف ما لو قال : كلما تزوجتك ، لأن كلمة كلما تقتضى التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ، ولكن كلما تزوجها يصير عند التزوج كالمنجز للطلاق

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ١٣٠ : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها أبدا فهي

لأنه عمم فقال : كل امرأة أتزوجها ، فاذا سمى امرأة مسماة أو مصرا بعينه أو جعل ذلك إلى أجل ، فقولهما فيه سواء ، ويقع به الطلاق

قال : وإذا قال الرجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق أو قال : إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهى طالق ،أو قال : كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهى طالق ، أو من بنى فلان فهى طالق ، فهما جميعاً كانا يقولان : إذا تزوج تلك فهى طالق ، وإن دخل بها فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذى وقع عليها قبل الدخول . وبه نأخذ [1] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها نصف مهر ، ويفرق بينهما فى قولهما جميعاً

طالق ، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية ، لم تطلق ، لأن كلمة كل تقتضى جميع الأسماء لا تكرار الأفعال ، فانما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة ، بخلاف كلمة كلما فانها تقتضى تكرار الأفعال ، وإنما قلنا ذلك ، لأن مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذى يتعقب الكل الاسم دون الفعل ، يقال : كل رجل وكل امرأة ، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل ، والذى يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم ، يقال كلما ضرب وكلما دخل ، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو

(١) ونظيرهذه المسألة مسألتان : مسألة ذكرت فى ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة ، ولم يذكر السرخسى فى كتابه التى ذكرت هنا قال : « وإن قال : أول امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها إن مات أو لم يمت » لأنها بنفس العقد استحقت اسم الأولية بصفة التفردية « فان دخل بها فلها مهر ونصف مهر : نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ، ومهر بالدخول بها » لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء ، والوطء فى غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر ، فاذا سقط الحد لشبهة وجب المهر . ومسألة ذكرت فى ص ١٢٩

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئاً حراما قبل ذلك ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاحد عليه ولا لعان . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه الحد (١) . ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد

وهى ولو قال : كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها فى كل مرة . لم يذكر هذا (أى محمد) فى الأصل . قال أبو يوسف فى الأمالى : تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف ، وقال محمد : تطلق ثلاثا وعليه لها أربعة مهور ونصف ، ذكره فى الرقيات . وجه تخريج أبى يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول ، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده ، لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه ، وبنفس التزوج وجب مهر آخر ، وذلك مهران ونصف ، ثم بالدخول يصير مراجعا والتزوج فى المرة الثالثة لغو فعنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف . وتخريج قول محمد أن بالتزوج الأول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول ، وكذلك بالتزوج الثانى والثالث ، لأن عنده وإن حصل التزوج فى العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول ، فتطلق ثلاثا ، وعليه أربعة مهور ونصف . ولو قال : كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها ، فعند محمد هذا والأول سواء ، وعند أبى يوسف تطلق ثلاثا بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف ، لأن بالعقد الثانى والثالث فى العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام ، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام ، فاذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفا

(١) وفى باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١ : وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان ، لأنها ليست بمحصنة ، وهو صادق فيما رماها به من الزنا . وكذلك إن وطئت وطئا حراما ، يريد الوطء بشبهة ، وعن أبى يوسف قال : يلاعنها ، وهو قول ابن أبى ليلى ، لأن هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطء المنكوحة فى حالة الحيض ، ولكنا نقول : وطء غير مملوك فيكون فى معنى الزنا فيسقط به الاحصان ، ولكن لا يجب به

فى قول أبى حنيفة . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه الحد [١] ينبغى فى قول ابن أبى ليلى أن يكون مكان الحداللعان

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : لاحاجةلى فيك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق . وبه نأخذ[٢] .

الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لايجابه ، فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة ، وبهذا فارق حكم النسب والعدة ، لأنه يثبت مع الشبهة

(١) ونظير هذه المسألة فى المبسوط ج ٩ ص ١١٦ : باب الشهادة فى القذف قال : ومن قذف الزانى بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهما . وحكى عن إبراهيم وابن أبى ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بالزنا مبهما فعليه الحد ، لأن الرمى موجب للحدإلا أن يكون الرامى صادقا وإنما يكون صادقا إذا نسبه إلى ذلك الزنا بعينه ففيما سوى ذلك فهوكاذب ملحق الشين به ، ولكنا نقول : رمى المحصن موجب للحد بالنص ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات » والمحصن لا يكون زانياً ، فقاذف الزانى بالزنا قاذف غير المحصن ، وهو صادق فى نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملتزما للحد

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً ، أفاده فى المبسوط بقوله : عندنا . واحتج السرخسى لابن أبى ليلى فقال : لأنه نفى حاجته فيها على الاطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه ، وأما مادامت محللة فى حقه فله فيها حاجة طبعاً أوشرعاً ، لأن النساء خلقن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله : أنت محرمة على سواء ، ولكنا نقول : قوله لاحاجة لى فيك بمنزلة قوله : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ، وليس فى شىء من هذه الألفاظ مايدل على الطلاق ، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلا . والأصل فيه ماروى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرغبها رغبة فقال : « لاحاجة لى إلى النساء » الحديث . ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك

[وكان ابن أبي ليلى يقول : هي تطلق ثلاثاً [1]] وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون هذا طلاقا وهو بمنزلة : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ؟ فليس فى شيء من هذا طلاق

قال : وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهى حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر فى نصف قيمته ، فان أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : هو عبد ما بقى عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو حر وعليه اللعان . وبه نأخذ . وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى . ولو قذف رجل هذا العبد الذى يسعى فى نصف قيمته لم يكن عليه حد فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، لأنه بمنزلة العبد ، وكان على قاذفه الحد فى قول ابن أبي ليلى . وبه نأخذ [2] . ولو قطع هذا العبد يد رجل متعمدا لم يكن عليه

---

(١) زيادة من المبسوط ، وسقطت هذه الجملة من الأصل ، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما

(٢) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء : أكثر مسائل هذا الباب تنبنى على أصل أبي حنيفة رحمه الله ، فان العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار فى النصف الباقى إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه فى النصف الباقى فى نصف قيمته ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعى يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك » إلى أن قال : واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شقصاً له فى عبد فان كان موسراً فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ما عتق ورق مارق» وقال على رضى الله عنه : يعتق الرجل من عبده ماشاء . وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم «فهو حر كله» سيصير حراً كله باخراج الباقى إلى الحرية بالسعاية

القصاص فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه . و به نأخذ ، وهو بمنزلة العبد ، وكان عليه القصاص فى قول ابن أبى ليلى ، وهو بمنزلة الحر فى كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك ، وهو فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه بمنزلة العبد مادام عليه درهم من قيمته . وكذلك هو فى قولهما جميعاً لو أعتق جزءاً من مائة جزء أو بقى عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى . وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعتقها أحد موليها وقضى عليها بالسعاية للآخر، لم يكن لها خيار فى النكاح فى قول أبى حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق ، وكان لها الخيار فى قول ابن أبى ليلى يوم يقع العتق عليها . و به نأخذ[1]. ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها فى قول أبى حنيفة

فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه ، وهو مذهبنا ، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ فى المحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق ، فالرق اسم لضعف ثابت فى أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق فى المحل ، كما لا يكون حيا إلا باعتبار صفة الحياة فى المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فاذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شىء منه باعتاق البعض عند أبى حنيفة رحمه الله ، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا فى حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد فى الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد فى الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ الخ . وأطال وأجاد . قلت : ولم يذكر هذه المسألة بصورتها فى المبسوط وإنما هى متفرقة فى الأبواب : اللعان ، وحد القذف ، والعتاق

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقا من أصلهما ، وهذه المسألة إلى ختمها وهو قوله : بمنزلة الحرة من تفريعات المسألة المذكورة قبلها ، والفروع فى هذا الباب

رضى الله عنه عدة أمة وطلاق أمة ، وكانت عدتها وطلاقها فى قول ابن أبى ليلى عدة حرة وطلاق حرة . ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لهـا ذلك حتى يأذن الذى له عليها السعاية . فهى فى قول أبى حنيفة بمنزلة الأمة ، وفى قول ابن أبى ليلى بمنزلة الحرة

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لايدرى أحى هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا يقع عليها الطلاق . وبهذا نأخذ(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول: يقع عليها الطلاق . قال أبو حنيفة : وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان ؟

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو يجحد ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يلاعن . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : يلاعن ويضرب الحد (٢)

بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجزى عند الامام دون ابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد ، رضى الله عنهم

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . قال السرخسى فى مبسوطه : ولو قال لها : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لايدرى أحى أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك ، لم تطلق عندنا . وقال ابن أبى ليلى : هى طالق لأنه لايتحقق مشيئة فلان بعد موته ، ويبقى أصل الايقاع فيقع الطلاق ، ولكنا نقول : التعليق بشرط لايكون له تحقيقاً للنفى فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعا ، وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعا إلى أن يوجد الشرط ، فاذا كان الشرط مما يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعا إلى أن يوجد الشرط ، وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً أصلا

(٢) وفى المبسوط ج ٧ ص ٤٤ « وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما . وعلى قول ابن أبى ليلى يلاعن ويحد . أما اللعان

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه : طلقها ، فان أبا حنيفة كان يقول : ليس هذا باقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقراراً بالنكاح ؟ وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا إقرار بالنكاح

قال : وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج فى عدتها

فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد . ولكنا نقول : إنكاره نفى القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه ؟ ولهذا لا يحد

(١) وفى الهداية : « وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى : طلقها أو فارقها فليس هذا باجازة لأنه يحتمل الرد ، لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة ، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى ، فكان الحمل عليه أولى . وقال فى العناية : ألا ترى أنه لو قال فى النكاح الفاسد : طلقتك كان متاركة ؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة ، لأنه أليق بحال العبد المتمرد ، وقوله : أو هو أى الرد أدنى ، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع « فكان الحمل عليه الأولى » . فان قيل : قوله طلقها حقيقة فى إيقاع الطلاق المعروف ومجاز فى المتاركة ، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز ؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك ، وهى الافتيات على رأى المولى «وإن قال : طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة تملك الرجعة فهذا إجازة ، لأن الطلاق الرجعى لا يكون إلا فى نكاح صحيح فتتعين الاجازة . وفى المبسوط : وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه : طلقها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندنا ، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة ، لأنه أمره بايقاع الطلاق ، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح . ولكنا نقول : قوله طلقها بمنزلة قوله : فارقها أو دعها أو اتركها أو خل سبيلها ، وشىء من هذا لا يكون إجازة للنكاح . يوضحه أن الطلاق مشتق من الاطلاق وهو الارسال ، وفى إجازة النكاح إثبات القيد ، فالأمر بالارسال لا يكون إثباتاً للقيد منه

خامسة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أجيز ذلك وأكرهه[١] له . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه . وبه نأخذ[٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها الميراث مالم تتزوج

قال : وإذا طلق الرجل امرأته فى صحته ثلاثا فجحد ذلك الزوج وادعته

---

(١) وفى المبسوط ج ٤ ص ١٠٨ : رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد مادخل بها ، ثلاثاً أوواحدة بائنة أوخلعها ، لم يجزله أن يتزوج أخرى مادامت فى العدة ، لأن حرمة مازاد على الأربع كحرمة الأختين ، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح فى المنع فكذا هنا . وقال فى ص ٢٠٢ : ولا تتزوج المرأة فى عدة أختها منه من نكاح فاسد أوجائز عن طلاق بائن أو غير بائن ، وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعى فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها فى عدتها . وقد روى مثل مذهبه عن زيد ابن ثابت رضى الله عنه ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى ذكر فى الأمالى رجوع زيد عن هذا القول ، وذكر الطحاوى رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها ، وحكى أن مروان شاور الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك فاتفقوا على أنه يفرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة السلمانى : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شىء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت فى عدة الأخت ، والمحافظة على الأربع قبل الظهر ، وذكر سليمان بن يسار عن على وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أوثلاث . وكان الحسن البصرى رحمه الله يقول : إن كانت حاملا فليس له أن يتزوج أختها ، وإن كانت حائلا فله أن يتزوجها ، ثم ذكر حجة الشافعى ثم حجة الامام وصاحبيه ، وفصل وأطال

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ١٥٤ : وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أوواحدة بائنة ثم مات وهى فى العدة ، فلا ميراث لها منه فى القياس ، وهوأحد أقاويل الشافعى رحمه الله تعالى ، وفى الاستحسان ترث منه ، وهو قولنا . وقال ابن أبى ليلى : وإن

عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضى ، فان أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاميراث لها . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها الميراث إلا أن تقر بعد موته أنه كان طلقها ثلاثا

مات بعد انقضاء عدتها ترث منه مالم تتزوج بزوج آخر، وهوقول الشافعى . وقال مالك رحمه الله تعالى : وإن مات بعد ماتزوجت بزوج آخرفلها الميراث منه . وجه القياس أن سبب الارث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات ، والحكم لايثبت بدون السبب ، كما لو كان طلقها قبل الدخول ، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى . ولو انقطع النسب لايبقى استحقاق الميراث به سواء كان فى صحته أو فى مرضه ، فكذلك إذا انقطعت الزوجية ، ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم ، فقد روى إبراهيم قال : جاء عروة البارقى إلى شريح من عند عمر رضى الله تعالى عنه بخمس خصال ، منهن : إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهى فى العدة . وعن الشعبى أن أم البنين بنت عيينة بن الحصن الفزارى كانت تحت عثمان بن عفان رضى الله عنه ففارقها بعد ماحوصر فجاءت إلى على رضى الله عنه بعد ماقتل وأخبرته بذلك ، فقال : تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها ، وورثها منه . وأن عبدالرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث فى مرضه فورثها عثمان رضى الله عنه وقال : ما اتهمته ولكنى أردت السنة . وعن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفار ترث مادامت فى العدة . وعن أبى بن كعب رضى الله عنه أنها ترث مالم تتزوج . وقال ابن سيرين : كانوا يقولون : من فر من كتاب الله تعالى رد إليه ، يعنى هذا الحكم ، والقياس يترك باجماع الصحابة رضى الله عنهم الخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إلى المبسوط

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فى صحته فجحد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضى على ذلك فلاميراث لها منه عندنا ، لوجود الاقرار منها بارتفاع النكاح فى حالة الصحة ، ولأنها تعلم أن سبب الارث غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة ، وعلى قول ابن أبى ليلى : لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً ، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضى

قال : وإذا خلا الرجل بامرأته وهى حائض أو وهى مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها نصف المهر[١] وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها المهر كاملا

وإذا قال الرجل لامرأته : إن ضممت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التى حلف عليها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها اليها . وبه نأخذ[٢] . وكان ابن أبى ليلى يقول : يقع عليها الطلاق

بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكذيباً منه لها فى ذلك الاقرار ، والمقر متى صار مكذباً شرعا فى إقراره يبطل حكم ذلك الاقرار ، فلهذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقراراً مستقبلا أنه كان طلقها ثلاثاً ، ولكنا نقول : القاضى بعد يمين الزوج لا يقضى بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها فى الدعوى ، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة ؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الاقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج فى الحكم سواء

(١) وفى الهداية : وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً فى رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة ، حتى لو طلقها كان لها نصف المهر ، لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر . وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ، وهذا التفصيل فى مرضها . وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة . والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعا . قلت : المراد من المانع الشرعى النهى الذى ورد بقوله تعالى : «ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن» وأما المانع الطبعى فهو الدم ، لأن طبيعة الانسان تكرهه وتعافه وفيه تلويث بعض الأعضاء بالدم . وأما المرض العارض لأحدهما فمانع حسى

(٢) وفى المبسوط : وإذا قال الزوج لامرأته : إن ضممت إليك أخرى فأنت

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هى طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف : نصف من ذلك بالطلاق ، ومهر بالدخول . وبه نأخذ[١] . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شىء . ومن حجته فى ذلك أن رجلا آلى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته ، ثم أتى [٢] ابن مسعود رضى الله عنه

طالق واحدة فطلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التى حلف عليها ، فانها لاتطلق عندنا . وقال ابن أبى ليلى : تطلق ، لأن عنده اليمين انعقد صحيحا فى الملك ، والشرط وجد فى الملك أيضا ، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها ، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعتا فى نكاحه وذلك بعد ماتزوج بها ، ولكنا نقول : قوله إن ضممت إليك امرأة أخرى بمنزلة قوله : إن تزوجت عليك ، وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهى فى نكاحه ، فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فانما ضمها هى إلى الأخرى ، ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة الى الحرة فى النكاح ؟ ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقى نكاح الأمة صحيحاً بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة

(١) قلت : وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك فى هذا الباب ، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكرهنا : هى طالق واحدة بائنة ، ولم يذكر هناك : بائنة ، وزاد هنا احتجاجهما لها . وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية

(٢) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس آلى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها ثم خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا : أصبت من فلانة ؟ قال : نعم . قالوا : ألم تكن آليت منها ؟ قال : بلى . قالوا : نراها قد بانت منك ! فانطلقوا الى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئاً . وانطلق بهم علقمة الى عبد الله رضى الله عنه

فأمره أن يخطبها فخطبها وأصدقها صداقا مستقبلا ، ولم يبلغنا أنه جعل فى ذلك الوطء صداقا . ومن حجة أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال : قد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر ، وجامعها بشبهة فعليه المهر [١] ، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد . وقال أبو حنيفة : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صداق [٢] لابد من الصداق ، إذا درأت الحد وجب الصداق ،

فذكروا له أمره وأمرها فقال : أخبرها أنها قد بانت منك واخطبها ، ففعل وأصدقها مثاقيل فضة . وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد فى آثارهما . قال محمد : وبه نأخذ . ونرى عليه صداقا لوقوعه عليها قبل النكاح الثانى ، وهو قول أبى حنيفة وإبراهيم النخعى وحماد بن أبى سليمان . وأخرجه ابن خسرو أيضاً فى مسنده من طريق ابن زياد عنه . قلت : ورواه ابن أبى شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة ، قال : آلى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فبينما هو جالس فى المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال : أعلمها أنها قد ملكت أمرها ، إلى آخره ، ذكره فى الجوهر النقى

(١) أخرج الطحاوى بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فى عدتها فرفع إلى عمر رضى الله عنه فضربهما دون الحد وجعل لها الصداق . وقال البيهقى : قال مسروق : رجع عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن قوله فى الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها . وفى البحر الرائق ج ٣ ص ١٦٩ : وإنما وجب المهر فى الفاسد بالوطء عملا بحديث السنن : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » ثلاث مرات . فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر فى كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والأمة كما قدمناه

(٢) روى أبو يوسف فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق . وروى محمد عنه فى الآثار عن حماد عن إبراهيم قال : إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخى زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضى عدتها . وروى البيهقى نحوه عن على رضى الله عنه

وإذا لم أجعل الصداق فلا بد من الحد . قال أبو يوسف : حدثني محدث عن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه : لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة

وإذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار ، فان أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضى الله عنهما قالا : لا يقع الطلاق [1] . ولو قال : أنت طالق إن شاء الله ولم يقل : إن دخلت الدار ، فان أبا حنيفة رضي الله عنه قال : لا يقع الطلاق . وقال : هذا والأول سواء . وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى ذلك : لا يقع الطلاق ولا العتاق [2] وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان [3] عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : لا يقع الطلاق [4] [وقال ابن أبي ليلى : يقع الطلاق هنا ،

---

(١) قال السرخسي فى المبسوط محتجاً لهما : لقوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه » ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة . قال الله تعالى : « ستجدنى إن شاء الله صابراً » ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك . والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، وقد قررنا هذا فى الأيمان

(٢) ورواه فى كتاب الآثار أيضاً عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، فليس بشيء ولا يقع الطلاق . وأخرجه محمد أيضاً فى آثاره ، ولفظه : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي الفزاري أبو محمد الكوفى أحد الأئمة . روى عن أنس وسعيد بن جبير ، وعنه شعبة والسفيانان وخلق . وثقه ابن معين والنسائي ، قال الترمذي : وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . روى له الخمسة والبخاري تعليقا . مات سنة ١٤٥

(٤) وأخرجه فى آثاره أيضاً بهذا السند . وروى عن غالب بن عبيد الله عن

وكذلك العتاق] (١)

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجا ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال : هى على الطلاق كله . وبه نأخذ (٢) . وقال ابن أبي ليلى : هى على مابقى

عطاء أنه قال : إذا قال أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق وليس بشىء . وأخرج القاضى أبو بكر محمد بن عبد الباقى عن محمد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله ، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق ، والارادة يقع به الطلاق . وروى البيهقى عن ابن عمر مرفوعا : « إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى » وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » قال الترمذى : حديث حسن . وقد روى موقوفاً . وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبى هريرة مثله ، ورجاله ثقات

(١) قلت : سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مبسوط السرخسى . قال السرخسى : وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده فى اليمين بالطلاق وبالعتاق . وقوله : أنت طالق أو أنت حرة ، ليس بيمين . ثم قوله : إن شاء الله فى مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق ، لأن قوله : أنت طالق أو أنت حرة وصف فيليق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق ، ولكنا نقول : قوله إن شاء الله تأثيره فى إخراج الكلام من أن يكون عزيمة ، والايقاع فى هذا والتعليق سواء : والأصل فيه قوله تعالى : « ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله »

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهى عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم وأصحاب عبدالله بن مسعود رضى الله عنهم ، وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى هى عنده بما بقى من طلاقها ، وهو قول عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران

ابن الحصين وأبي هريرة رضى الله عنهم ، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم ، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم . وحجة محمد فى ذلك أن الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث ، قال الله تعالى : «حتى تنكح زوجا غيره» وكلمة حتى للغاية حقيقة ، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة ، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث ، وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثانى غاية ، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أستشير فلاناً ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا ، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين ، وإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها . ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات ، فكذلك هنا ، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا : إصابة الزوج الثانى بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية فى الحكم المختص بالطلاق ، كما بعد التطليقات الثلاث . وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالأجنبية التى لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثانى . ثم الدليل على أن الزوج الثانى رافع للحرمة لا منه أن المنهى يكون متقرراً فى نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثانى ، فدل أنه رافع للحرمة ، ولأنه موجب للحل ، فان صاحب الشرع سماه محللا فقال صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » وإنما كان محللا لكونه موجباً للحل ، ومن ضرورته أنه يكون رافعاً للحرمة . وبهذا تبين أن جعله غاية مجاز ، وهو نظير قوله تعالى : «يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ، ولا جنباً إلا عابرى سبيل حتى تغتسلوا » والاغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنابة . والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها ، كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا ، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح . وإذا ثبت أن الزوج الثانى موجب للحل فانما يوجب حلا لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات ، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به . ولما

باب الحدود

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة جلدة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال : كفى بالنفى فتنة (١) . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : ينفى سنة إلى بلد غير بلد

كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ، ولأن يمنع بثبوتها إذا اقترن بأركانها أولى الخ . قلت : وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الامام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما فى كتاب الآثار . ثم قال : وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة . وأما قولنا : فهى على ما بقى من طلاقها ، إذا بقى منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وعمران بن حصين وأبى هريرة رضى الله عنهم . وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه

(١) رواه محمد فى الآثار وعبد الرزاق فى مصنفه عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن على رضى الله عنه ، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال : غرب عمر ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر : لا أغرب بعده مسلما ، ذكره القارى فى شرح مختصر الوقاية

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٤٣ : ولا يجمع بين الجلد والرجم ، ولا بين الجلد والنفى . أما فى حق الجمع بين الجلد والرجم فى حق المحصن فقد بيناه ؛ وأما فى حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفى عندنا . إلى أن قال : وحجتنا فيه قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فقد جعل الجلد جميع حد الزنا ، فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ . وروى أن مخدجا سقيما وجد على بطن أمة من إماء الحى يفجر بها ، فأتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اضربوه مائة . فقالوا : إن بدنه لا يحتمل الضرب . فقال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها »

ولم يأمر بالتغريب ولو كان ذلك حداً لتكلف له كما تكلف للحد ، لأن عمر رضى الله عنه جلد أبا بكرة رضى الله عنه فى داره على الزنا وأمر امرأته أن تكتم ، فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان ، لأن ذلك لا يتصور. ولما نفى شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال : والله لا أنفى أحداً بعد هذا أبداً . فلوكان مشروعا حداً لما حلف أن لا يقيمه . قال على رضى الله عنه : «كفى بالنفى فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حداً . وعن إبراهيم أن علياً وابن مسعود رضى الله عنهما اختلفا فى أم ولد زنت بعد موت مولاها ، قال على رضى الله عنه : تجلد ولا تنفى ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه : تنفى . وأخذنا بقول على رضى الله عنه لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد . ومعنى هذا ماذكره فى الكتاب قال : أرأيت شابة زنت أكنت أنفيها ؟ أى فى نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به ، فانها عند أبويها تكون محفوظة ، ففى دار الغربة تكون خليعة العذار، والنساء لحم على وضم إلا ماذب عنهن . وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء ، وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضاً لها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المانع . وهذا أولى مما قاله الخصم ، لأن ماينشأ عن الصحبة والمؤانسة يكون مكتوماً ، وما ينشأ عن المواقحة يكون ظاهراً ، فان فى هذا قطعاً لسبب ماينشأ عن المحادثة وهو مكتوم ، ففيه تعريض الزنا بطريق الوقاحة وهو أفحش . ثم قال : أرأيت أمة زنت أكنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاها وبين خدمتها ، وحق المولى فى الخدمة مرعى وهو مقدم على الشرع ؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفى ، فكذلك الحرة ، لأن الله قال : « فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب » وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت أن كماله مائة جلدة . ثم لايجوز أن تنفى الحرة مع المحرم ، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد ؟ وبدون المحرم هى ممنوعة عن المسافرة شرعا ، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ماهو مستحق شرعا . وأما المهاجرة لاتقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين ، حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعة فى دار الاسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك . فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان فى الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور . والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير . إلى أن قال : وإن ثبت النفى على أحد فذلك بطريق المصلحة لابطريق الحد ، كما نفى رسول الله صلى الله عليه

الذى فجر به . وروى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أبى بكر وعلى رضى الله عنهما (١)

قال : وإذا زنى المشركان وهما ثيبان ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال :

وسلم هيت المخنث من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

فنفاه ، والجمال لايوجب النفى ، ولكن فعل ذلك للمصلحة ، فانه قال : وما ذنبى يا أمير المؤمنين ؟ قال : لاذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك . وقول ابن أبى ليلى فى النفى كقول الشافعى إلا أنه يقول : ينفى إلى بلد غير البلد الذى فجر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعى لا يكون النفى دون مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركمانى . قلت : ماورد فى هذا الباب من النفى محمول على أنه كان تأديباً لرفع الفساد لاحداً ، كما ينفى الامام أهل الدعارة وكنفيه عليه السلام . وقد ذكر البيهقى فى باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذى قتل عبده سنة . وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية فى الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر قال : والله لا أغرب بعدها أبداً . وروى أيضاً عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : قال عبد الله فى البكر يزنى بالبكر : يجلدان مائة وينفيان سنة . قال : وقال على : حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولما لم يكن فى حد القذف والخمر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته

(١) روى الترمذى عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب ، وأن أبا بكر ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب ، وحديث النفى رواه أبوهريرة وعبادة بن الصامت رواه البخارى وغيره من أصحاب الصحاح والسنن . وأخرج البيهقى من طريق هشيم عن الشيبانى عن الشعبى أن علياً رضى الله عنه جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى البيهقى عن أبى بكر وعمر أيضا ، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر

ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليهما الرجم .
ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم « أنه رجم يهودياً ويهودية [١] » . وبه نأخذ [٢]

(١) ورواه البخارى أيضاً من طريق مالك عن نافع ، ومن طريق عبد الله
ابن دينار عن ابن عمر . وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه كلهم عن
مالك عن نافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضاً من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع
عن ابن عمر

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٣٩ : فأما الاسلام شرط فى قول علمائنا ، وعن
أبى يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعى ، لحديث ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا ، وزاد فى بعض الروايات : وقد أحصنا . والمعنى
فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها فيقام عليه ، كما يقام على المسلم
كالجلد والقطع والقتل فى القصاص ، بخلاف حد الشرب فانه لا يعتقد حرمة سببه .
إلى أن قال : وحجتنا قوله عليه الصلاة والسلام : «من أشرك بالله فليس بمحصن»
قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطنى والبيهقى من طريق نافع عن ابن عمر
معناه ليس بكامل الحال فان المحصن من هو كامل الحال ، والرجم لا يقام إلا على
من هو كامل الحال . والاعتماد فى المسألة على الاستدلال بالثيوبة ، فان الثيوبة
بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم ، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته
باصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالاصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط
أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة . وتبين بهذا أن ما يشترط
لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة ، فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو
نعمة ، وذلك بالاسلام بل أولى ، لأن أصل النعمة ، فى الوطء بملك اليمين موجود
إنما انعدم نهايتها ، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر ، وتأثيره أن الجريمة
كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله
صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى : « يضاعف لها العذاب
ضعفين » لزيادة النعمة عليهن . وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم

قال أبو يوسف : قال أبو حنيفة : لا تقام الحدود فى المساجد[1] . وروى

لزيادة النعمة عليهم . والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية فى حق الحر ، فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر ، فعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما فى ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة . إلى أن قال : فأما الحديث فانما رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة ، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا فى كتابهم الرجم فرجمهما ، وقال : « أنا أحق من أحيا سنة أماتوها » ؟ وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها . فدل أنه إنما رجمهما بحكم التوراة ، ولم يكن الاحصان شرطا فى الرجم بحكم التوراة . وقوله : وقد أحصنا شاذ ، ولو ثبت فمراده الاحصان من حيث الحرية ، كما فى قوله تعالى «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قلت : وروى البيهقى من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم الغسانى عن على بن أبى طلحة عن كعب ابن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عنها وقال : إنها لا تحصنك . وروى أبو يوسف فى الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة . وروى عن مغيرة عن إبراهيم والشعبى فى الحر يتزوج اليهودية والنصرانية ثم يفجر قالا : يجلد ولا يرجم . وروى عن أبى حنيفة الامام عن حماد عن ابراهيم قال : لا يحصن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته

(١) قلت : وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرخسى ذكرها فى ص ٨٣ ج ٩ فى ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال : وهو أى القاضى ممنوع من إقامة الحد فيها «أى فى المساجد» لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقام الحدود فى المساجد » ولحديث حكيم بن حزام رضى الله عنه فى حديث فيه طول فلا يقام فيها حد ، ولأن تلويث المسجد حرام ، وإليه أشار صلى الله عليه وسلم فى قوله : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » وإقامة الحد فى المسجد ربما يؤدى إلى التلويث

ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [١] . وبه نأخذ [٢] . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : نقيم الحدود فى المساجد ، وقد فعل ذلك

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا وطىء الرجل جارية أمه فقال : ظننت أنها تحل لى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يدرأ عنه الحد [٣]

---

(١) قلت : لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الامام . وأخرج ابن ماجه من طريق عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاتقام الحدود فى المساجد » وروى من طريق ابن لهيعة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن جلد الحد فى المساجد . وروى أبو يوسف فى كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمى عن معقل قال : جاء رجل إلى على رضى الله عنه فساره فقال : ياقنبر أخرجه من المسجد وأقم عليه الحد . قال : وحدثنا ليث عن مجاهد قال : كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود فى المساجد . وروى البيهقى من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثيمة عن حكيم ابن حزام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقاد فى المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك)

(٢) قلت : وهو قول الامام محمد أيضاً ليس بين أصحابنا فى هذا اختلاف ، قال الامام أبو يوسف فى الخراج : ولا ينبغى أن تقام الحدود فى المساجد ولا فى أرض العدو الخ

(٣) وفى كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية : قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة فى عدتها فلا حد عليه لما جاء فى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، فانهما لم يريا فى ذلك حدا ولكنه يفرق بينه وبينها ، وكذلك من رفع اليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه ، وكذلك الذى يطأ مكاتبته ، وكذلك الذى يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه اذا قال : لم أعلم أنهن يحرمن على ، فان قال : قد علمت أن ذلك حرام على ، أقيم عليه الحد . ولا حد على من وطىء جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال : قد علمت أنها حرام على ، لما جاء

فاذا أقربذلك فى مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر[١]. وبه نأخذ[٢].
وقال ابن أبى ليلى وأنا أسمع : أقر عندى رجل أنه وطىء جارية أمه فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم . فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم . فقال له : أوطئتها ؟ قال: نعم . قال له الرابعة : وطئتها ؟ قال : نعم . قال ابن أبى ليلى : فأمرت به فجلد الحد[٣]

فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطىء جارية أخيه أوأخته أوجارية ذى رحم محرم منه سوى ماسميت فعليه الحد . قال : حدثنا اسماعيل بن أبى خالد عن عمير بن نمير قال : سئل ابن عمر رضى الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها أحدهما قال : ليس عليه حد . قال : وحدثنا المغيرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن على رضى الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته فدرأ عنه الحد . قال : وحدثنا اسماعيل عن الشعبى قال : جاء رجل إلى عبد الله فقال : إنى وقعت على جارية امرأتى ، فقال : اتق الله ولاتعد . قال : وحدثنا أشعث عن الحسن فى الرجل يقع على جارية أمه قال : ليس عليه حد ، وجارية الجد والجدة مثل جارية الأم والأب

(١) والمراد من المهر العقر ، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر ، وإذا درىء الحد عنه وجب عليه العقر . قال فى ص٩٧ ج ٩ من المبسوط فى ضمن مسألة وطء جارية ابن الابن : ولا شىء على الجد من قيمة الأمة ، لأنه لم يتملكها ، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً ـــ أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفى المبسوط ج ٩ ص ٩١ : وابن أبى ليلى رحمه الله اعتبر الاقرار بالشهادة بعلة أنه أحد حجتى الزنا ، ثم فى الشهادة المعتبرعددالأربعة دون اختلاف المجالس ، فكذلك فى الاقرار . وقال فى ص ٩٢ : وابن أبى ليلى يستدل بهذا الحديث أيضاً (أى حديث إقرار ماعز) ويقول : المذكور عدد الأقارير دون اختلاف المجالس . ولكنا نقول : قد وجد اختلاف مجالس المقر على ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع ، وفى رواية قال : اذهب ويلك فاستغفر الله ! فذهب حتى غاب عن

بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع ، فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضى ، حتى إذا غاب عن بصر القاضى فى كل مرة يكفى هذا لاختلاف المجالس . والذى روى أنه أقر خمس مرات فانما يحمل ذلك على إقرارين كانا منه فى مجلس واحد فكانا كاقرار واحد . وروى أن أبا بكر رضى الله عنه قال له : أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفى رواية قال: إياك والرابعة فانها موجبة . وعن بريدة الأسلمى قال : كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث أن ماعزا لو جلس فى بيته بعد ما أقر ثلاثا ما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه من يرجمه ، فدل على أن اشتراط عدد الأقارير كان معروفا بينهم . والمراد من قوله : « فان اعترفت فارجمها » الاعتراف المعروف فى الزنا ، وهو أربع مرات . والصحيح من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات . هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله ، إلا أن الأقارير منها كانت فى أوقات مختلفة قبل الوضع ، وبعد الوضع ، وبعد ما طهرت من نفاسها ، وبعد ما فطمت ولدها ، ولهذا لم تتفق الرواية على نقل الأقارير الأربعة فى حديثها . والذى روى أنها قالت : « أتريد أن ترددنى كما رددت ماعزا ؟ » لا يكاد يصح ، لأن ترديد ماعز كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعى ، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليظ مالم يظهر فى سائر الأشياء . الخ والتفصيل فيه . وفى كتاب الخراج ص ١٩٤ قال : ومن أتى الامام فأقر عنده بالزنا فلا ينبغى له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فاذا أتاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه ، سأل عنه هل به لمم ؟ هل به جنون ؟ هل فى عقله شىء ينكر ؟ فاذا لم يكن به شىء من ذلك فقد وجب عليه الحد . فان كان محصناً فالرجم . والذى يبدأ بالرجم فى الاقرار الامام ، ثم الناس ، وإن كان بكراً أمر بجلده مائة جلدة . هكذا بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل بماعز ابن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا ، حدثنا محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : جاء ماعز بن مالك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إنى زنيت ، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات ، فأمر به فرجم ، فلما أصابته الحجارة أدبر يشتد فلقيه رجل بيده لحى جمل فضربه به فصرعه ، فذكر للنبى

وأمرت الجلواز (١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الجسر نفياً . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس ينبغى للحاكم أن يقول له : أفعلت ؟ ولا نوجب عليه الحد باقرار أربع مرات فى مقام واحد . ولو قال : وطئت جارية أمى فى أربعة مواطن لم يكن عليه حد ، لأن الوطء قد يكون حلالا وحراماً فلم يقر هذا بالزنا (٢) ، والله تعالى أعلم

صلى الله عليه وسلم فراره حين مسته الحجارة ، فقال : « هلا تركتموه » . وقد بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال : « هل تعلمون بعقله بأسا ؟ هل تنكرون منه شيئاً ؟» فقالوا : لا نعلمه إلا وفى العقل من صلحائنا فيما نرى

(١) فى المغرب : الجلواز عند الفقهاء : أمين القاضى ، أو الذى يسمى صاحب المجلس . وفى اللغة : الشرطى ، والجمع جلاويز وجلاوزة

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٩٦ : وحكى عن ابن أبى ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطىء جارية أمه فقال له : أوطئتها ؟ قال : نعم . حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد . وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا القضاء من أوجه : أحدها أن باقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد مالم يقر بصريح الزنا ، والثانى وهو أن القاضى ليس له أن يطلب الاقرار فى هذا الباب بقوله : أفعلت ؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع ، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغى له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد مالم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم . وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذى القعدة الحرام من شهور سنة ١٣٥٧ . وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وسلم تسليما كثيراً . والحمد لله رب العالمين

فهرس أسماء الرواة

بيان الخطأ والصواب

ص	س	خطأ	صواب
٩	١٨	ماود	ماورد
١٢	١٣	حصة	حصته
١٥	٢٠	أبي حنيفة	محمد
«	«	ص ٩٥	ص ٩١
١٩	٦	بعد ذلك	بعض ذلك
«	١٨	حق حط	حتى حط
٢٣	٨	وليس بعد	وليس يعد
٢٤	١	التفليس شيء	التفليس شيئا
٤٢	٥	ألاتر	ألا ترى
٥٧	٢١	ووائح	ورائح
١١٢	١٤	قنت	ماقنت
١١٣	١٦	صيلت	صليت
١١٥	٦	ولا	ولا ان
١٤٨	١١	لايجزيء	لايجزى
١٥٤	١	الثلجي	البلخي
١٥٤	٢٦	ورى	وروى
١٦٠	١٩	ويجبره	ويخبره
١٧٦	٢١	ثبت	بنت